

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

A IMPORTÂNCIA DA DEFESA PRELIMINAR NO PROCEDIMENTO  
PARA OS CRIMES AFIANÇÁVEIS PRATICADOS POR SERVIDORES  
PÚBLICOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LUCIANE NEVES BARBOSA

RIO DE JANEIRO

2008

LUCIANE NEVES BARBOSA

A IMPORTÂNCIA DA DEFESA PRELIMINAR NO PROCEDIMENTO  
PARA OS CRIMES AFIANÇÁVEIS PRATICADOS POR SERVIDORES  
PÚBLICOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Nilo César Martins Pompílio da Hora  
D.Sc. em Educação

RIO DE JANEIRO

2008

Barbosa, Luciane Neves.

A importância da defesa preliminar no procedimento para os crimes afiançáveis praticados por servidores públicos contra a administração pública / Luciane Neves Barbosa. – 2008.  
68 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 63-68.

1. Defesa Preliminar - Monografias. 2. Devido Processo Legal. 3. Contraditório e ampla defesa. 4. Inquérito policial. 5. Nulidade processual. I. Pompílio da Hora, Nilo César Martins (Orient.). II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.43

LUCIANE NEVES BARBOSA

A IMPORTÂNCIA DA DEFESA PRELIMINAR NO PROCEDIMENTO PARA OS  
CRIMES AFIANÇÁVEIS PRATICADOS POR SERVIDORES PÚBLICOS CONTRA A  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/ \_\_\_\_/ \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Nilo César Martins Pompílio da Hora – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. D.Sc., FND/UFRJ– Orientador

---

---

*Dedico este trabalho aos meus pais, Eloizine  
Gonçalves Neves e Martinho da Silva Barbosa (in  
memoriam).*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela minha vida e por me permitir chegar a conclusão deste trabalho.

A minha mãe, Eloizine Gonçalves Neves, minha grande incentivadora, pelo seu amor e apoio incondicional em todos os momentos da minha vida.

Ao meu pai, Martinho da Silva Barbosa (*in memoriam*), homem de caráter, que tanto me amou e me deixou seu valioso exemplo de vida.

Ao meu marido, Luiz Murilo Strube Lima, pelo seu amor, carinho e compreensão.

Ao meu orientador e professor, Nilo César Martins Pompílio da Hora, pelo apoio, ensinamentos e orientação neste trabalho.

.

## RESUMO

BARBOSA, L. N. **A importância da defesa preliminar no procedimento para os crimes afiançáveis praticados por servidores públicos contra a administração pública.** 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A defesa preliminar é um tema polêmico entre juristas e doutrinadores, motivando o surgimento de debates sobre a constitucionalidade ante o princípio do devido processo legal e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O presente estudo teve por objetivo analisar a defesa preliminar no procedimento para os crimes praticados por servidor público contra a administração pública, considerando uma maior amplitude no papel da defesa e a efetiva participação quanto à admissibilidade da acusação. Para tanto, foram pesquisados artigos jurídicos, revistas especializadas, a doutrina majoritária e documentos jurídicos, tais como, as legislações e a jurisprudência. A análise e interpretação do material obtido indicam que o exercício da defesa preliminar no procedimento especial para os crimes funcionais deve ser assegurado ao servidor público sob pena de descumprimento de preceito constitucional. Adicionalmente, foi constatado que uma interpretação mais ampla do atual artigo 396 do Código de Processo Penal asseguraria um processo penal mais célere e justo.

Palavras-chave: defesa preliminar; devido processo penal; contraditório e ampla defesa; inquérito policial; nulidade processual.

## RESUMEN

BARBOSA, L. N. **A importância da defesa preliminar no procedimento para os crimes afiançáveis praticados por servidores públicos contra a administração pública.** 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

La defensa preliminar es un tema polémico entre juristas y doctrinadores motivando el surgimiento de debates cuanto a la constitucionalidad ante el principio del debido proceso legal y las garantías constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa asegurados por la Constitución de la Republica Federativa del Brasil de 1988. El presente estudio tiene por objetivo analizar la defensa preliminar en el procedimiento para los crímenes practicados por funcionario público contra la administración pública, teniendo en cuenta una mayor amplitud en el papel de la defensa y la efectiva participación cuanto a la admisibilidad de la acusación. Así, fueran investigados artículos jurídicos, periódicos especializados, la doctrina mayoritaria y documentos jurídicos, tales como, la legislación y la jurisprudencia. El análisis e interpretación del material obtenido indican que el ejercicio de la defensa preliminar en el procedimiento especial para los crímenes funcionales debe de ser asegurado al funcionario público bajo la pena de incumplimiento de precepto constitucional. Además, fue constatado que una interpretación más amplia del actual artículo 396 del Código de Proceso Penal garantizaría un proceso penal más célere y justo.

Palabras-llave: defensa preliminar; debido proceso penal; contradictorio y amplia defensa; averiguación policial; nulidad procesal.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

### **1- TRIBUNAIS**

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

### **2- LEGISLAÇÃO**

CP –Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

PL – Projeto de Lei

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
1.1 Objetivo .....	11
1.2 Justificativas.....	11
1.3 Hipóteses.....	12
1.4 Delimitação do estudo .....	12
1.5 Método .....	12
<b>2. BREVE DISCURSO SOBRE A DEFESA PRELIMINAR NO PROCEDIMENTO DOS CRIMES AFIANÇÁVEIS DE RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....</b>	<b>14</b>
2.1 Noções gerais: processo e procedimento.....	14
2.2 Processo e julgamento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos..	18
2.2.1 Crimes de Responsabilidade.....	19
2.2.2 A <i>Informatio Delicti</i> .....	21
2.2.3 A defesa preliminar .....	22
<b>3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....</b>	<b>26</b>
3.1 O princípio do devido processo legal .....	26
3.2 A efetividade do contraditório e da ampla defesa .....	29
3.3 A relação entre o processo e as garantias do contraditório e da ampla defesa.....	32
<b>4. O INQUÉRITO POLICIAL .....</b>	<b>35</b>
4.1 Inquérito policial: noções gerais.....	35
4.2 O inquérito policial e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa .....	37
<b>5. DEFESA PRELIMINAR: O DIREITO DE DEFESA, AS NULIDADES PROCESSUAIS E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL .....</b>	<b>40</b>
5.1 Defesa preliminar: o direito de defesa e a posição da doutrina e jurisprudência ..	40
5.2 A atual divergência jurisprudencial entre STJ e STF .....	48
5.3 A discussão sobre a nulidade processual decorrente da não observância do art. 514 do CPP .....	52
<b>6. A DEFESA PRELIMINAR E A LEI Nº. 11.719 DE 2008 .....</b>	<b>56</b>
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>63</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O procedimento especial para os crimes funcionais é caracterizado pela existência de uma etapa preliminar, anterior ao exercício do juízo de admissibilidade da ação penal, conhecida como defesa preliminar, em que o servidor público, acusado da prática de ilícito penal contra a Administração Pública, deve argüir sua defesa, estabelecendo-se, assim, um contraditório prévio.

Os crimes funcionais podem ser enquadrados em duas categorias: próprios e impróprios. Os crimes funcionais próprios são aqueles em que a função pública é considerada essencial para a configuração da existência do ilícito penal, ou seja, é fundamental que o agente seja funcionário público para que a conduta ilícita seja tipificada como crime. Por crimes funcionais impróprios compreendem-se aqueles concernentes às condutas caracterizadoras de crimes comuns, mas que recebem uma tipificação própria quando o sujeito ativo é funcionário público (MIRABETE, 2007, p.577).

O artigo 514 do Código de Processo Penal (CPP) prescreve que antes do recebimento da denúncia ou queixa pelo juízo competente, nos casos de crimes afiançáveis, o funcionário público deve ser notificado para que ofereça defesa preliminar.<sup>1</sup> Mirabete (2007, p. 578) ressalta que a análise do artigo 323 do CPP permite concluir que todos os crimes elencados pelos artigos 312 a 326 do CP são afiançáveis, com exceção dos artigos 316, § 1º, 317, § 1º e 318, cujas penas mínimas previstas são superiores a dois anos de prisão.

Para Mirabete (2007, p.578), o artigo 514 do CPP traz a “possibilidade do contraditório antes do recebimento da denúncia ou queixa”. De fato, a leitura do artigo 514 do CPP revela que a notificação do acusado para oferecer defesa preliminar é mandatória na hipótese de crimes afiançáveis, não mencionando restrições ou exceções quanto à existência de inquérito policial acompanhando a denúncia ou queixa. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem manifestando em seus julgados uma posição contrária a regra do artigo 514 do CPP, e pacificou seu entendimento com a publicação da Súmula 330 em 20 de setembro de 2006, que determina a desnecessidade da defesa preliminar quando a ação penal for instruída

---

<sup>1</sup> BRASIL Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em 07 abr. 2008.

por inquérito policial.<sup>2</sup> Para o STJ a imprescindibilidade da defesa preliminar só encontra respaldo quando a denúncia não está instruída em inquérito policial ou processo administrativo, e somente nos casos de crime funcional próprio.<sup>3</sup>

Nesse sentido, vale mencionar a passagem abaixo, sobre o posicionamento do STJ em relação à defesa preliminar:

[...] não constitui privilégio outorgado ao funcionário público, mas, ao contrário, um sucedâneo da restrição que lhe impõe a lei em obséquio ao Poder Público, permitindo ao *parquet* o ofertamento até de denúncia nua, incompatível, por certo, com a nova ordem constitucional (artigo 513 do Código de Processo Penal).<sup>4</sup>

Contrária ao entendimento pacificado pelo STJ, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) defende o cumprimento da norma do artigo 514 do CPP nos casos de crimes afiançáveis praticados por funcionários públicos, independente da existência de inquérito policial associado à ação penal, considerando a sua não observância uma violação as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. O voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº. 85.779 – RJ aduz que a violação do direito de defesa implica, também, na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>5</sup>

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p.307) a falta de notificação para oferecimento de defesa preliminar, “resulta em nulidade absoluta, pois impede a realização de fase essencial para a defesa do acusado, mesmo que anterior ao recebimento da acusação”. Os autores sustentam que nos casos de nulidade absoluta:

[...] a gravidade do ato viciado é flagrante e manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade (GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2004, P.24).

---

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 330. É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº. 29.574-PB. Impetrante: Marxsuel Fernandes de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº. 34.704-RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 28 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 85.779-5 /RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

Nesse sentido, a dissensão jurisprudencial entre STJ e STF em relação à norma do artigo 514 do CPP é um tema polêmico entre juristas e doutrinadores, motivando o surgimento de debates sobre a constitucionalidade ante o princípio do devido processo legal e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Por fim, as recentes alterações do CPP, introduzidas pela Lei nº. 11.719/2008, sinalizam que a defesa preliminar deverá ser oferecida em todos os procedimentos do processo penal, dando, assim, novo ânimo a discussão, uma vez que deixará de ser restrita ao procedimento especial para os crimes funcionais e ainda outros definidos em lei.

## **1.1 Objetivo**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a defesa preliminar no procedimento para os crimes praticados por servidor público contra a administração pública, considerando uma maior amplitude no papel da defesa e a efetiva participação quanto à admissibilidade da acusação.

## **1.2 Justificativas**

No procedimento para os crimes afiançáveis praticados por servidores públicos contra a administração pública, o afastamento da defesa preliminar na ação penal instruída por inquérito policial vem se consolidando como uma discussão de crescente interesse e importância para comunidade jurídica, haja vista a divergência jurisprudencial entre o STF e o STJ.

Analizando e problematizando a constitucionalidade do afastamento da defesa preliminar face ao princípio do devido processo legal consubstanciado no artigo 5º, inciso

LIV, da CRFB/1988<sup>6</sup> e das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, decorrentes deste princípio e asseguradas no artigo 5º, incisos LV, da CRFB/1988<sup>7</sup>, o presente estudo visa enriquecer a discussão jurídica sobre do tema, contribuindo para uma melhor compreensão de seu conteúdo e de suas implicações para a materialização de um processo penal pautado na justiça.

### **1.3 Hipóteses**

O presente estudo tem como hipótese que a ausência de defesa preliminar na ação penal baseada em inquérito policial de crimes afiançáveis praticados por servidores públicos contra a administração pública, fere as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa assegurados pela CRFB/1988.

### **1.4 Delimitação do estudo**

Considerando o objetivo proposto, o presente trabalho tem sua discussão circunstanciada pelo arcabouço jurídico brasileiro em vigor. Portanto, está delimitado pela legislação vigente no Brasil à época de sua realização.

### **1.5 Método**

Visando obter uma melhor compreensão do tema proposto, o presente estudo foi realizado com base em dois meios de pesquisa: bibliográfica e documental. Segundo Vergara (1998, p.46), a “pesquisa bibliográfica é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é material acessível ao

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 07 abr. 2008.

<sup>7</sup> Idem.

público em geral”. A pesquisa documental se caracteriza pela utilização de material parcialmente tratado analiticamente ou desprovido de análise de qualquer natureza (GIL, 1994, P.73). Cumpre esclarecer que não serão utilizados métodos ou técnicas estatísticas.

A pesquisa bibliográfica será apoiada em artigos jurídicos, revistas especializadas, trabalhos acadêmicos e doutrina. A pesquisa documental será feita com base em documentos jurídicos, tais como, legislações e jurisprudência.

Considerando o objetivo deste estudo e seu caráter qualitativo, o material obtido será analisado e interpretado. De acordo com Gil (1994, 167) a análise e a interpretação de dados são conceitualmente distintas. Para o autor, a análise visa organizar e sumariar os dados, possibilitando respostas ao problema proposto, enquanto a interpretação busca o sentido mais amplo das respostas (GIL, 1994, p.166).

Após esta breve introdução, o trabalho está estruturado em sete capítulos: o segundo se refere ao exame da defesa preliminar no procedimento dos crimes afiançáveis de responsabilidade dos servidores públicos; o terceiro traz a exposição sobre o princípio do devido processo legal e as garantias do contraditório e da ampla defesa; o quarto apresenta a discussão sobre inquérito policial, o quinto capítulo trata da defesa preliminar face ao direito de defesa, às nulidades processuais e à jurisprudência atual e o penúltimo capítulo analisa a defesa preliminar ante as alterações advindas com a Lei nº. 11.719 de 2008. O último capítulo destaca as conclusões.

## **2. BREVE DISCURSO SOBRE A DEFESA PRELIMINAR NO PROCEDIMENTO DOS CRIMES AFIANÇÁVEIS DE RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

O presente capítulo tem por escopo discorrer sobre a defesa preliminar no procedimento dos crimes afiançáveis de responsabilidade dos servidores públicos. Primeiramente, são apresentadas noções gerais a respeito do conceito de processo e procedimento a fim de subsidiar a discussão da seção seguinte, que tem por finalidade examinar o procedimento especial, especificamente, dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos. Por fim, é explorada a questão da defesa preliminar sob o prisma doutrinário e jurisprudencial.

### **2.1 Noções gerais: processo e procedimento**

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 277), o processo consiste em um “instrumento através do qual a jurisdição opera”, sendo indispensável ao seu exercício. Segundo os autores, o processo pode ser entendido pelo “aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles (procedimento) e igualmente pelos aspectos das relações entre os seus sujeitos (relação processual)”. Com base na teoria da relação processual, os autores defendem que o processo tem natureza jurídica de “relação jurídica processual”, pois “é em si mesmo, uma relação jurídica, a qual, vista em seu conjunto, apresenta-se composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um dos seus sujeitos” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1995, p. 283).

Rangel (2007, p.455-457) lembra que a teoria da relação jurídica da natureza do processo é aceita por grande parte doutrina, no entanto, sustenta uma opinião diversa, defendendo que o processo tem a natureza jurídica de procedimento em contraditório, pois estabelece a igualdade e a participação, em contraditório, dos interessados.

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 286) asseveram que:

[...] o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os “litigantes em processo judicial ou



administrativo e aos acusados em geral”, está a Constituição (art., 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual.

Observam os autores que a teoria da relação processual tem igual validade para o direito processual penal:

No campo do processo penal, afirma-se até que o seu reconhecimento atende a razões de conveniência política, pois afirmação de que há uma relação jurídica entre o Estado-juiz, o órgão da acusação e o acusado (ao qual se atribuem poderes e faculdade de natureza processual) significa a negação da antiga idéia de que este é mero objeto do processo, submetido às atividades estatais persecutórias (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 1995, p.285).

Na visão dos autores, o procedimento é:

[...] apenas o meio extrínseco pelo qual este se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. [...]. A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 1995, p. 277).

Nesse contexto, Rangel (2007, p 459) defende opinião similar: “o processo é o movimento em sua forma intrínseca, o procedimento é este mesmo movimento, porém visto de fora, extrinsecamente”.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 40-41) frisam, ainda, o caráter instrumentalista do processo, isto é, o processo sob o prisma exclusivamente da função jurídica está relacionado à concretização do direito material, enquanto sob a ótica da atividade jurídica estatal, o processo é um instrumento de pacificação social.

Nesse contexto, Bonato (2003, p. 111) afirma que:

Um processo penal realmente democrático e de estrutura acusatória deve estar preocupado precipuamente com as garantias do sujeito passivo, ou seja, do acusado ou investigado. É ele o parâmetro para qualquer modificação evolutiva desse ramo do direito, pois em torno dele gira todo o processo e ninguém mais di que ele tem interesse no seu desenvolvimento regular e justo.

Assevera o autor:

[...] o processo penal é o instrumento adequado e necessário para a concretização do direito penal, sem que haja com isso relação de dependência, mas sim de complementariedade. A imposição de pena ao delito somente pode se dar por meio do processo. Há uma íntima e

imprescindível relação entre delito, pena e processo (BONATO, 2003, p.111).

O processo penal brasileiro abraça o sistema acusatório para exercício da jurisdição. Nesse sistema as funções de acusar, defender e julgar são independentes, não se confundem não pessoa do juiz, como ocorre no sistema inquisitivo. Desta forma, surge o *actum trium personarum*, isto é, “o ato de três personagens: juiz, autor e réu” (RANGEL, 2007, p. 48).

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 58) trata-se de um sistema “em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade”. Rangel (2007, p.45) acrescenta que o sistema acusatório funciona também como uma garantia do cidadão contra vontades impostas pelo Estado.

Rangel (2007, p.48-49) enumera algumas características do sistema acusatório. O autor cita a separação das funções de acusar, julgar e defender; afirma que o processo deve ser regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais; lembra da observância às garantias do contraditório e da ampla defesa a que o réu faz jus; aponta o livre convencimento do juiz com base nos autos, e por fim destaca a imparcialidade do órgão julgador.

Nesse contexto, Maier (apud Bonato, 2003, p. 84) ensina que:

A característica fundamental do juízo acusatório reside na divisão dos poderes que se exercem no processo, por um lado o acusador, que persegue penalmente e exerce o poder requerente, por outro lado o acusado, que pode resistir à acusação, exercendo o direito de defender-se e, finalmente, o tribunal, que tem em suas mãos o poder de decidir. Todos esses poderes se vinculam e se condicionam uns aos outros: seu princípio fundamental, que dá nome ao sistema, afirma-se na exigência de que a atuação de um tribunal para decidir o pleito e os limites de sua decisão estão condicionados ao anúncio (ação) de um acusador e ao conteúdo dessa acusação (*nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*) e, por outra parte, a possibilidade de resistência do acusado frente à acusação que lhe foi atribuída.

No que tange ao procedimento, Bonato (2003, p. 95) sustenta que:

No sistema acusatório, o procedimento consiste num debate público, oral, contínuo e contraditório, onde os juízes integrantes do tribunal acompanham a colheita de todos os meios de prova, os fundamentos e as alegações e pretensões que as partes trazem e introduzem no processo, decidindo segundo esses elementos.

No que tange ao CPP, Rangel (2007, p. 56) ensina que:

Entendido o que é sistema acusatório, sua vigência e localização no ordenamento jurídico constitucional atual, há que se perquirir algumas passagens do Código de Processo Penal, a fim de dimensionarmos se a lei

ordinária está em harmonia com a Constituição Federal, pois somente podemos entender o sistema jurídico se, no seu ápice, estiver a Carta Magna. Normalmente se quer entender os postulados constitucionais à luz da lei ordinária, quando, em verdade, deve-se partir da constituição para as demais normas inferiores

Na visão de Segundo Luigi Ferrajoli:

Uma Constituição pode ser avançadíssima pelos princípios e os direitos que sanciona e, sem embargo, não passar de ser um pedaço de papel se carece de técnicas coercitivas – de garantias – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito legítimo (LUIGI FERRAJOLI apud RANGEL, 2007, p. 56).

Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 61) lembram que:

O caráter público das normas penais materiais e a necessidade de assegurar a convivência dos indivíduos na sociedade acarretam a consequência de que o *ius puniendi* seja necessariamente exercido; *nec delicta maneat impunita*. O estado não tem apenas o direito, mas sobretudo o dever de punir. Daí a regras de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciarem a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial.

Acrescentam os autores:

O que efetivamente vincula o juiz, delimitando o campo de seu poder de decisão, não é o requerimento de condenação por uma determinada infração penal, mas a determinação do fato submetido à sua indagação. A qualificação a ser dada aos fatos constitui juízo de valor que pertence preponderantemente ao órgão jurisdicional (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1995, p. 60).

Nesse sentido, Rangel (2007, p. 451) afirma que o processo penal é uma segurança para o cidadão, é um mecanismo de proteção e de garantias do indivíduo, conforme esboçado no fragmento a seguir.

O processo penal, enquanto instrumento de efetivação das garantias constitucionais, é uma segurança do cidadão de que, uma vez acusado da prática de um crime, serão assegurados a ele todos os mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do Estado, pois seu *status* de não-culpabilidade se mantém intacto, enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado.

Outra não é a lição de Silva Jardim (apud BONATO, p.110):

A sua escolha [do processo] como meio para a concretização da atividade jurisdicional, em si mesma, implica em juízo de valor. Ao utilizar-se do processo estruturado tal qual se encontra hoje, o Estado procura atingir aquele escopo já referido da melhor forma possível, vale dizer, atuando de

forma autoritária sem violentar as garantias individuais. Sob esse aspecto, o processo é um fator de garantia dos cidadãos, pois limita e disciplina a forma de intervenção estatal na composição das lides. Este aspecto é mais saliente no processo penal.

Corroborando esse pensamento, Ponte (1999, p. 362) afirma que:

[...] Não se pode, então, fazer uso do processo para uma punição antecipada, cuja reprimenda mais temível seja a difamação pública do acusado, cujo procedimento acusatório não veio permeado por garantias mínimas de defesa, causando, assim, ofensa irreparável na sua honra, suas condições e perspectivas de vida e trabalho.

A posição compartilhada por Rangel (2007) e Ponte (1999) encontra amparo na lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (apud PONTE, 1999, p. 363), conforme excerto a seguir:

A função de Justiça penal põe nas mãos dos governos um instrumento de compreensão das liberdades dos indivíduos, não só pelas consequências condenatórias, como, já no procedimento, pelas medidas preventivas a que sujeita os imputados. Estes não teriam meios de evitá-las, quando, obra de erro, facciosismo, despotismo, tirania, maldade, não lhes fossem dadas *garantias de defesa*. São garantias não de defesa do interesse estritamente penal, mas dos direitos individuais contra os possíveis abusos de poder.

Sob esse aspecto, assevera Bonato (2003, p.108)

Não é sem razão que se afirma que não basta a existência de um processo qualquer, mas há necessidade de se criarem mecanismos e condições materiais que possibilitem a realização da justiça – ou de um processo justo – segundo a ideologia expressa pela Constituição. Há que superar, através do processo, a igualdade meramente jurídica para se postular garantias efetivas e acessíveis a todos.

Rangel (2007, p. 460) distingue os procedimentos quanto à forma e quanto ao modo de movimentação dos atos processuais. Em relação à forma, o procedimento pode ser escrito ou oral. Quanto ao modo, pode ser comum ou especial. O modo designado para o processo dos crimes praticados por servidores públicos consiste no procedimento especial.

## **2.2 Processo e julgamento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos**

O processo dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos é materializado por meio de procedimento especial conforme diplomado nos artigos 513 a 518 do CPP.

Tucci (apud RANGEL, 2007, p. 460) ensina que o “procedimento especial contém peculiaridades próprias e específicas, durante a prática dos atos que contém”. Corroborando esse entendimento, Marques (1970, p. 109) afirma que o procedimento especial consiste em uma “forma excepcional para determinados processos condenatórios”.

Em vista disso, os crimes de responsabilidade praticados por servidores públicos são processados e julgados considerando determinadas peculiaridades definidas em lei.

A esse respeito, Mirabete (2007, p.577) ensina que:

Cuidou a lei de estabelecer um rito especial tendo em vista os elevados interesses da administração pública, resguardando-a no que respeita à probidade, ao decoro, à segurança e outros bens jurídicos que lhe são essenciais ao bom funcionamento com determinadas cautelas. Com isso, também se protege a pessoa do funcionário que, em decorrência do exercício de suas funções, é muitas vezes alvo de acusações infundadas por motivos até políticos.

No tocante as particularidades do procedimento especial para os crimes de responsabilidade, Marques (1970, p.329) leciona que:

As alterações que os arts. 513 *usque* 518 do Cód. de Processo Penal trazem ao “processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos”, dizem respeito: a) à *informatio delicti*; b) à propositura da ação penal nos crimes afiançáveis. Por outro lado, trate-se de crime punido com detenção, ou de crime punido com reclusão, o procedimento a ser seguido será sempre o de rito ordinário, consoante se vê do art. 518 do Cód. de Proc. Penal.

### **2.2.1 Crimes de Responsabilidade**

Para o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade de servidores públicos está previsto procedimento especial conforme diplomado nos artigos 513 a 518 do CPP.

O artigo 513, caput, do CPP faz referência à expressão crimes de responsabilidade, o que na visão de Marques (1970, p. 328) consiste na “violação de um dever do cargo sancionada com pena criminal”.

Observa o autor que “a expressão crime de responsabilidade tem, no Direito brasileiro, um sentido equívoco, pois não designa apenas figuras delituosas de ilícito penal, mas também violações de deveres funcionais não sancionadas com penal criminal”

Nesse sentido, Marques (1970, 327) destaca que:

Empregou-a, pela primeira vez, a Constituição do Império, em seu art. 5º. Usou-se, por outro lado, em leis ordinárias, de tal locução, pela primeira vez, no art. 308 do Cód. Criminal de 1830. Seguiram-se-lhe, logo depois, o Cód. de Processo Criminal de 1832 e a Lei de Interpretação de 1840. Desde então, passou a circular, como assinala o Prof. Raul Chaves, “a locução viciosa – com foros de linguagem legislativa –, ora aludindo àqueles *delitos por que são responsáveis os ministros e secretários de Estado*, ora designando certas espécies de crimes *comuns* definidos no Código de 1830, ou seja, *delicta in officio*, crimes de função, *delicta propria* dos que exercem funções públicas”.

Na lição de Mirabete (2007, p. 576):

A expressão crimes de responsabilidade refere-se às infrações político-administrativas, sujeitas às sanções político-administrativas (perda de cargo, de função, de mandato etc.) e submetidas à jurisdição política (Senado, Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais). Entretanto, em sentido mais amplo, a denominação abrange todos os delitos praticados no exercício de função pública, do Executivo, Legislativo ou Judiciário, recebendo também o nome de crimes funcionais.

Para o autor, os crimes funcionais se distinguem em próprios e impróprios:

Os crimes funcionais próprio são fatos que se constituem em ilícito penal quando o agente é funcionário público, ou seja, quando a função pública é essencial à existência do ilícito. [...]. Os crimes funcionais impróprios são os fatos que constituem também crimes comuns, mas que ganham tipificação própria quando o sujeito ativo é funcionário público, como o peculato, que é uma espécie de apropriação indébita, com o de violação de sigilo funcional, que é um tipo de violação de segredo profissional etc. (2007, p. 576-577).

Assevera o doutrinador:

Ao mencionar os “crimes de responsabilidade dos funcionários públicos”, a lei processual está se referindo aos delitos próprios e impróprios previstos sob o título de “Crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em Geral” (arts. 312 a 326 do CP). São os crimes em que a condição de funcionário público é inerente à prática do delito (delito próprio, portanto), não abrangendo, pois, outros ilícitos comuns, que podem ser cometidos por qualquer pessoa, ainda que a qualidade de funcionário público intervenha como circunstância qualificadora, como os referidos nos artigos 150, §2º, 151, §3º, 289, §3º, 295, 351, §§3º e 4º etc. (2007, p. 577).

Dentro dessa concepção, destaca-se o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>8</sup>:

Certo, em pelo menos um antigo precedente plenário - o RHC 37.955, Pl., 14.09.60, **Villas Boas**, RTJ 15/132 -, chegou o Tribunal a admitir implicitamente a incidência do art. 514 do C.Pr.Penal relativamente à

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 89.686-3/SP. Impetrante: Hélio Bialski e Outro (A/S). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

denúncia que não cuidava exclusivamente de crimes funcionais (C.Penal, art. 322 - **violência arbitrária**; e 129 - **lesão corporal**).

Salvo engano, a questão somente foi discutida de modo explícito a partir do julgamento do HC 50.664, 2ª T., 30.3.73, **Antônio Neder**, RTJ 66/365, quando se concluiu ser prescindível a defesa preliminar quando a denúncia, como no caso, tem por objeto crimes funcionais e não-funcionais.

Esse entendimento veio de ser mantido pela jurisprudência do Tribunal (v.g., HC 73.099, 1ª T., 3.10.95, **Moreira**, DJ 17.5.96), firme em que o procedimento previsto nos arts. 513 e seguintes do C.Pr.Penal se reserva aos casos em que denúncia veicula tão-somente crimes como funcionais típicos {No Código Penal, arts. 312 a 326}. (v.g., RHC 61.010, 2ª T., 21.6.83, **Djaci Falcão**, DJ 26.8.83).

### 2.2.2 A *Informatio Delicti*

O artigo 513 do CPP traz a figura da *informatio delicti* destinada a instruir a propositura da ação penal, uma vez que a denúncia ou queixa deve ser acompanhada dos documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou de declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Não obstante a ausência do inquérito policial como elemento para a *informatio delicti*, a denúncia ou queixa pode ser instruída por meio deste instrumento, entendimento este já pacificado pela doutrina e jurisprudência (MARQUES, 1970, 330).

Precisa, a respeito do assunto, é a lição de Marques (1970, 330-331) ao asseverar que:

A verdade é que o artigo 513 do Código de Processo Penal não passa de reprodução do que dispunha o Cód. de Proc. Criminal de 1832, ao disciplinar a formação da culpa nos processos referente a “crimes de responsabilidade de empregados não privilegiados”, conforme se exprimiam PIMENTA BUENO e outros autores. Além disso, não havia, outrora, o inquérito policial, a não ser nos “crimes comuns”: nos crimes funcionais, ou “delitos próprios”, tal forma de investigação ou *informatio delicti* não era admitida.

Incompreensível é que os autores do projeto do atual Código de Proc. Penal não tenham atentado para isso e, em consequência, inserissem em seus textos uma norma obsoleta como a do artigo 513, onde até em justificação se fala, e isso se nenhum propósito.

Esclarece o autor que:

A regra citada é do tempo em que se não admitia inquérito policial para crimes funcionais. Daí falar em justificação e documentos. Por outro lado, é também do tempo em que o direito de queixa nos crimes de ação pública não apresentava os caracteres que lhe imprime o código vigente. (1970, p 331)

Todavia, Mirabete (2007, p 578) adverte que:

A regra se justifica na eventual possibilidade da autoridade policial estar impedida de obter documentos, às vezes sigilosos, da Administração, ou de elementos que lhe possam ser negados, exigindo-se para isso uma requisição do Ministério Público ou até mesmo uma ordem judicial. Nessa hipótese a denúncia poderá ser instruída apenas com documentos ou justificação, o mesmo se podendo dizer de copias extraídas de procedimentos administrativos encaminhados ao ministério Público. Tais papéis ou a justificação devem indicar o *fumus boni jûris* necessário à instauração da ação penal, ou no dizer da lei, fazer presumir a existência do delito.

### 2.2.3 A defesa preliminar

No que tange à propositura da ação, sendo o crime afiançável e estando a denúncia ou queixa em devida forma, conforme preceituado no artigo 514 do CPP, o juiz deverá ordenar a notificação do acusado para oferecimento de defesa preliminar no prazo de 15 dias.

A esse respeito, Mazzilli (1983, p.450) ensina que:

A resposta preliminar do Código de 1941, para o processo dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos tem origem no sistema do Código de Processo Criminal do Império. Este, com as modificações da lei de 1841, cuidava da prévia audiência por escrito do acusado, salvo se estivesse fora do distrito da culpa, se se tratasse de crime inafiançável ou se desconhecido o local de sua residência (arts. 159 e 160).

O porquê do sistema repousava inicialmente na qualidade do réu, procurando conjugar-se interesse da Administração e do funcionário, para coibir no nascedouro acusações injustas ou infundadas que a ambos prejudicassem.

Delmanto (1979, p.115) sugere que “teria sido o interesse do Estado na ordem administrativa que inspirara a defesa preliminar”.

Precisa, a respeito do assunto, é a clássica lição de Espínola Filho (1943, p.112) ao asseverar que:

Dadas as precauções, que, no próprio interesse do serviço público, se devem tomar, antes de sujeitar os funcionários públicos a processo criminal, por crimes funcionais, que se lhes imputem, outra providência se tornou tradicional, no nosso direito judiciário penal, em complemento à exigência de documentação apta a fazer presumir a existência da infração; é a permissão duma manifestação prévia, do acusado, sobre a acusação, antecedendo, até, o recebimento da queixa, ou denúncia, apresentadas.



Nesse sentido, assevera Costa Manso (apud MAZZILLI, 1983, p. 450):

O intuito do legislador foi apenas evitar que tivessem ingresso em juízo queixas manifestamente infundadas, injustas ou caluniosas, pois, do contrário, os funcionários públicos ficariam expostos a freqüentes vexames, o que poderia acarretar o entorpecimento da ação exercida pelos agentes do Poder Público. Verificada, porém, a ausência do dolo, malícia ou frivolidade, e desde que a acusação seja verossímil, não há razão para se negar a instauração do processo.

Para Espínola Filho:

A audiência preliminar do acusado, ou de advogado, que o juiz nomeie ao ausente [...], quando é apresentada, contra funcionário público, denúncia, ou queixa, imputando-lhe crime afiançável, visa permitir uma resposta escrita, apta a ilidir a acusação, pois, aguardando-se essa manifestação, para receber a peça inicial do processo, esta será rejeitada, nos termos expressos do art. 516, de vez que o juiz julgue os elementos da defesa preliminar concludentes da inexistência de crime, ou plenamente excludentes da autoria, ou de responsabilidade criminal (em sentido amplo) do denunciado, ou querelado (ESPÍNOLA FILHO, 1943, p. 114).

1. Daí porque se afigura irrepreensível a lição de Tornaghi (1989, p. 246) ao afirmar que:

A lei dispõe que, nos crimes afiançáveis, verificando que a denúncia (ou queixa) preenche os requisitos formais do art. 41, o juiz mandará autuá-la e, ao invés de receber ou rejeitar desde logo a peça acusatória, mandará notificar o réu (não citar, mas notificar) para apresentar defesa escrita, no prazo de 15 dias.

A possibilidade de apresentar a “resposta preliminar” (denominação dada pelo Código) é essencial. Por isso, o parágrafo único do art. 514 declara que, se não for conhecida a residência do acusado (hipótese difícil, tratando-se de funcionário público), ou se este se achar fora da jurisdição do juiz ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Outra não é a opinião de Marques (1970, p.331) ao lecionar que:

Se o crime de responsabilidade for afiançável e o juiz verificar que a queixa ou denúncia estão “em devida forma” mandará autuá-la, com as peças que a instruem (inquérito policial ou documentos) e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias (Código de Processo Penal, art. 514, *caput*).

Estabelece-se, assim, um contraditório prévio, para que o juiz profira, com o despacho liminar, decisão semelhante ao *judicium accusationis*.

Na lição de Mirabete (2007, p.578):

Excepcionalmente, nos crimes de responsabilidade de funcionário público se prevê a possibilidade do contraditório antes do recebimento da denúncia ou da queixa com a apresentação do que se denomina defesa preliminar, resposta preliminar, contraditório vestibular ou audiência prévia do acusado. [...] Assim, a notificação prévia é indispensável em qualquer ação penal movida ao funcionário pelos delitos funcionais.

Segundo o teor da norma do artigo 514 do CPP, somente os crimes afiançáveis são agraciados pela prerrogativa da defesa preliminar. Os crimes inafiançáveis não são beneficiados pela regra. Os artigos 323 e 324 do CPP disciplinam as condutas afetadas pela inafiançabilidade. Dos crimes praticados por funcionários públicos, previstos nos artigos 312 a 326 do CP, somente, os listados nos artigos 316, § 1º, 317 § 1º e 318 são inafiançáveis, pois a pena mínima prevista é superior a dois anos de reclusão.

Corroborando esse entendimento, destaca-se o julgado proferido pelo STF no HC nº. 85.779-5/RJ<sup>9</sup>:

**Ementa:** *Habeas corpus*. Constitucional. Processual penal. Defesa prévia. Crime de concussão cometido com grave ameaça: Inafiançabilidade. Não-aplicação do art. 514 do código de processo penal. Ampla defesa exercida plenamente. Inocorrência da alegada violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. *Habeas corpus* denegado.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal põe-se no sentido de não violar o princípio do contraditório e ampla defesa a não-apresentação de defesa prévia (art. 514 do Código de Processo Penal) quando o crime praticado por servidor público é exercido com violência e grave ameaça, por ser inafiançável.

2. Não se comprovou afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana na espécie.

3. *Habeas corpus* denegado.

Admissibilidade da denúncia ou queixa ocorrerá após a apresentação da resposta preliminar ou se decorrido o prazo de 15 dias (contados a partir da notificação do acusado ou da nomeação e intimação do defensor dativo). Convencido da inexistência do crime ou da improcedência da ação, o juiz deve rejeitar a queixa ou denúncia em despacho fundamentado (artigo 515, CPP).

Na visão de Noronha (apud MIRABETE, 2007, p.580), ao rejeitar a queixa ou denúncia deve o juiz:

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 85.779-5/RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

[...] pesar, ponderar suficientemente as alegações e provas do acusado, para aceitá-las, considerando que o procedimento especial para o funcionário, em crime de responsabilidade, é de exceção e como tal para subtraí-lo ao processo comum ou ordinário a que estão sujeitas as demais pessoas, deve fundar-se em prova líquida ou plena.

Nesse contexto, precisa é a crítica de Fernandes (2005, p. 129):

[...] Não tem sentido interpretação dada ao art. 516 do Código de processo Penal: prevista a defesa preliminar do funcionário público nos crimes de responsabilidade (art. 514, CPP), parte da doutrina e jurisprudência entende que a motivação só seria necessária quando o juiz fosse rejeitar a denúncia. É dada ao dispositivo inaceitável interpretação meramente literal e restritiva. Ainda, na decisão de recebimento, deveria o juiz apreciar a correção da qualificação jurídica do fato, sendo possível que, sem mudar a classificação, ele a examinasse como questão prejudicial para o fim de resolver questões que afetem direitos do acusado, principalmente a sua liberdade.

Recebida a inicial de acusação deve o acusado ser citado conforme preceituado na norma do artigo 517 do CPP.

Sob esse aspecto, Mirabete (2007, p. 580) ressalta que:

Caso o juiz entenda persistirem os elementos suficientes para fundamentar a acusação, quanto a existência do crime e indícios da autoria, deve receber a denúncia ou a queixa. Não está ele obrigado a esquadrihar os fatos a fim de demonstrar a necessidade do prosseguimento do feito. Assim, o despacho de recebimento da denúncia não necessita de fundamentação, enquanto o que rejeita, sim.

Após o recebimento da inicial acusatória, deverá ser observado o disposto no artigo 517 do CPP, isto é, o acusado será citado. Por fim, o rito a ser observado será sempre o ordinário, consoante o artigo 518 do CPP.

Nesse sentido, Mirabete (2007, p. 580) ensina que:

Citado o réu, por imposição do artigo 518 o processo seguirá o rito comum para os crimes apenados com reclusão de competência do juiz singular, ainda que se trate de ilícito penal a que seja cominada pena de detenção. Já se tem anulado processo porque, descumpridos os artigos 513 a 518, deu-se ao feito o rito sumário ao invés do ordinário. Não se deve permitir a substituição de formas ao menos quando o procedimento a ser observado contém regras mais amplas para a defesa do réu.

### 3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O objetivo deste capítulo consiste em apresentar o arcabouço constitucional concernente ao tema estudado neste trabalho. Para tanto, a primeira seção é dedicada ao princípio do devido processo legal (*due process of law*). Posteriormente, são apresentadas duas garantias constitucionais originárias no princípio do processo legal e recorrentes na doutrina e jurisprudência sobre o tema estudado: a ampla defesa e o contraditório. Por fim, a última seção aborda a discussão sobre as garantias constitucionais e o processo legal.

#### 3.1 O princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, que tem sua origem no direito anglo-saxão, está consagrado na legislação brasileira no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe o seguinte: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>10</sup>. Deste princípio decorre um conjunto de garantias constitucionais de forma a permitir a efetividade de sua aplicação no sistema processual brasileiro, garantindo a liberdade dos indivíduos e a preservação de seus bens.

O princípio do devido processo legal foi expressamente consagrado no ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição de 1988. Bonato (2003, p 25) salienta sobre a divergência doutrinária a respeito da existência ou não deste princípio nas constituições precedentes à atual. O autor defende que a previsão legal do princípio ocorreu com o advento da Constituição de 1988, entretanto, as garantias legais decorrentes deste princípio já estavam presentes nas constituições anteriores.

Nesse sentido, leciona Suannes (apud BONATO, 2003, p.24):

[...] o devido processo legal, como conjunto de exigências éticas para garantia de que ao réu será assegurado um julgamento justo, entrou pela primeira vez expressamente em uma Constituição brasileira em 1988 provindo de longa elaboração no sistema jurídico norte-americano.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 07 abr. 2008.

Na visão de Bonato (2003, p.1) a inclusão do princípio do devido processo legal na Constituição de 1988 representou um avanço na esfera jurídica brasileira, consequência do próprio desenvolvimento da sociedade. Para o autor, a cláusula do devido processo legal assume a função de guia da atividade jurisdicional, permitindo, em suas palavras, “que seja alcançado um direito material calcado na razoabilidade das leis e um processo realmente democrático”.

Segundo o autor, o princípio do devido processo legal é um dos mais antigos no campo jurídico e se configura como uma garantia das liberdades fundamentais do indivíduo em face do poder público, trazendo em sua essência a defesa da dignidade da pessoa humana (BONATO, 2003, p.5).

Na visão de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 641):

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se consideramos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, somente no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

Na lição do Ministro Adhemar Ferreira Maciel (apud BONATO, 2003, p.24): “a cláusula constitucional (...) é de vital importância, pois se centra na dignidade humana, repercutindo na defesa dos valores fundamentais do Homem, como a vida, a liberdade e a propriedade”.

Corroborando esta posição, Tucci e Tucci (apud AMARAL, 2000, p.27) ensinam que:

[...] o devido processo legal se consubstancia, também, numa garantia conferida pela Constituição Federal visando à consecução da tutela dos direitos nela denominados fundamentais – por isso mesmo, tidos, explícita ou implicitamente, como inerentes ou essenciais ao membro da coletividade na vida comunitária -, e a saber: a) direito à integridade física e moral, e à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e direito à propriedade; f) direitos relativos à personalidade (a par, obviamente, do direito ao processo). (...) Assim também de todos os demais direitos subjetivos materiais, emergentes dos diversificados relacionamentos jurídicos resultantes da convivência social, concretamente lesados ou ameaçados de lesão.

Nesse sentido, Grinover (*apud* PONTE, 1999, p. 370) ressalta que o princípio do devido processo legal teria um alcance amplo, relacionado tanto à existência de um processo justo e imparcial, como à liberdade do indivíduo.

Sob esse enfoque, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 642) ensinam que:

[...] o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, público e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.

Na opinião de Schreiber (2005) o princípio do devido processo legal está relacionado à necessidade de controle do poder estatal. Para autora, o Estado tem poder para impor restrições a fim de garantir a tutela jurisdicional, entretanto, não pode fazê-lo arbitrariamente. Segundo a autora, o princípio tem o propósito de “reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados, através da adoção de procedimentos adequados”. Ressalta a autora que a prestação da tutela jurisdicional deve seguir “ritos procedimentais assecuratórios de direitos das partes litigantes”.

Na lição de Grinover (*apud* BONATO, 2003, p. 161-162):

No *due process of law*, o elemento a que se subordina toda a legalidade do procedimento é a efetiva possibilidade da parte de defender-se, de sustentar suas próprias razões, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. A preocupação principal do juiz americano é assegurar a todos um efetivo contraditório, e em cada espécie concreta à Corte cabe verificar que a oportunidade de defesa tenha sido realmente plena, não permitindo a supressão ou a limitação das provas.

No que tange às garantias do devido processo legal, Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, 82) lecionam que:

Entende-se, [...], o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Nesse contexto, Miranda (*apud* BONATO, P. 70) ensina que:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das

pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Nesse sentido, Ponte (1999, p. 370) salienta que “o *due process of law*, para que se consubstancie, exige a garantia da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, e no processo penal vem especificada em favor do indiciado, do acusado e do condenado.”

Não obstante a importância do devido processo legal no aparato jurídico brasileiro, Bonato (2003, p. 24) afirma que este princípio ainda não está enraizado no direito processual penal. Em suas palavras, o princípio ainda não tem “a efetividade, a interpretação e o respeito esperados”.

No tocante a materialização do devido processo legal na prática processual, o entendimento manifestado pelo STF reafirma a necessidade de observância das normas processuais, conforme observado no Agravo Regimental nº. 181.142-1/SP<sup>11</sup>: “O devido processo legal corporifica-se mediante a observância de normas processuais preestabelecidas, exercendo-se o direito de defesa, com os recursos ao mesmo inerentes, na forma das leis preexistentes, assim num devido processo legal”.

As seções seguintes serão dedicadas às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, respectivamente.

### 3.2 A efetividade do contraditório e da ampla defesa

A ampla defesa e o contraditório estão consagrados no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como garantias aos litigantes e acusados em geral.

Como bem salientou Bastos (2001, p. 285):

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É pó isso que Lea assume múltiplas direções: ora se traduzia na inquirição de testemunha, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº. 181.142-1/SP. Agravante: Thyssen Production Systems Ltda. Agravado: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 ago. 2008.

primeiro momento. Basta salientar, por enquanto, o direito em pauta como instrumento assegurador de que o processo não se converterá em luta desigual em que ao autor caiba a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só caiba timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão.

Precisa a esse respeito é a lição de Tucci e Tucci quando asseveram que:

A garantia da defesa, que se faz, também, uma das exigências impostergáveis do *due process of law*, corresponde a um postulado considerado “eterno”, e, mais do que qualquer outro, “encarna, no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual” (TUCCI e TUCCI apud AMARAL, 2000, p.28).

Na visão de Ponte (1999, p.371):

O direito de defesa é o direito do acusado à tutela da sua liberdade, é o direito de pretender a observância das normas que evitam a lesão do próprio direito de liberdade. Sob o plano estritamente processual (com referência ao rito), em consideração à relação de contradição que se põe entre as partes em juízo, pode afirmar-se que a defesa implica a possibilidade de um efetivo contraditório. É o direito a exigir dos órgãos estatais que ajam em conformidade com o princípio constitucional e de legislação ordinária da inviolabilidade da defesa, de forma não impedir o exercício dos direitos à liberdade do acusado, respeitando na sua atividade os princípios decorrentes do referido direito.

A esse respeito, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 255-256) prelecionam que:

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

Como bem ensina Bastos (2001, p. 286-287):

O contraditório, por sua vez, insere-se na ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (2001, p. 286-287)

Na lição de Alberton (apud BONATO, 2003, p. 159):

[...] está ínsita, na ampla defesa, a garantia do exercício do contraditório, visto que não há como conceber processo sem bilateralidade necessária à estrutura dialética do processo. Assim, o princípio da ampla defesa, colocado



num plano constitucional, se apresenta como garantia da parte e do próprio exercício da jurisdição.

Para Cretella Júnior (apud BONATO, 2003, p. 159): “a regra da ampla defesa abrange a regra do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do estado”.

A rigor, para Tucci e Tucci (apud AMARAL, 2003, p. 29):

[...] ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que se lhe propicie a produção de ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*), e, por via de consequência, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo (TUCCI e TUCCI apud AMARAL, 2003, p. 29).

Já na opinião de Nery Júnior:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com a igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório (NERY JÚNIOR apud MORAES, 2004, P. 125).

Nesse sentido, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 90) ensinam que:

Defesa e contraditório estão indissolivelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Reforçando esse entendimento, Tucci e Tucci (apud AMARAL, 1999, p. 29) destacam que:

[...] a concepção moderna do denominado *Rechtliches Gehör*, isto é, da *garantia de ampla defesa*, seja qual for a natureza do objeto do processo, compreende: a) o direito de ser informado; b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (TUCCI e TUCCI apud AMARAL, 1999, p. 29)

Não é outra a lição de Grinover (apud Ponte, p.372):

Nessa ampla aceção, ação e defesa não se exaurem, evidentemente, no poder de impulso e nos usos das exceções, mas se desdobram naquele conjunto de garantias que, no arco de todo o procedimento, asseguram às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas

provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para a tutela de seus direitos e interesses, utilizando toda a ampla gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente prepara o espírito do juiz. O paralelismo entre ação e defesa é que assegura aos dos sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade de exercerem todos os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos e interesses e a condicionar o êxito do processo.

Segundo Ponte (1999, p.372) “é do contraditório, portanto, que deriva a defesa, sendo pressuposto para o exercício desta. A defesa, por outro lado, é que garante a manifestação do contraditório, porque integra o direito de ação, transformando-se ambas em garantias do justo processo”.

Para Aguiar (2000):

[...] a garantia do contraditório traduz-se na ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariedade, ou seja, possibilitando a atuação das partes na formação da convicção do juiz. Ciência esta, que no processo civil é eventual e não necessária, enquanto no processo penal eleva-se ao *status* de obrigatório e necessário, não existindo, pois um réu sem defensor, posto que no processo-crime encontra-se em jogo o valor indisponível da parte – a liberdade.

Em consonância, Moraes (2004, p.125) sustenta que “a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a verção que melhor lhes apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida (apud, PONTE, 1999, p. 372) leciona que o contraditório “é o complemento e o corretivo da ação da parte. Cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse: a ação combinada dos dois serve à justa composição da lide”.

Com efeito, na opinião de jurista e doutrinadores as garantias da ampla defesa e do contraditório são essenciais para o desenvolvimento de um processo penal justo.

### **3.3 A relação entre o processo e as garantias do contraditório e da ampla defesa**

Segundo Moraes (2003, p.362) a efetividade da tutela jurisdicional é alcançada quando os princípios processuais previstos no ordenamento jurídico são respeitados, dentre os quais destaca o contraditório e a ampla defesa. Para o autor, o contraditório e a ampla defesa se

constituem em “um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão”.

Na visão de Ponte (1999, p. 371):

Com efeito, a qualquer pessoa enredada numa *persecutio criminis* deverão ser dadas todas as possibilidades de efetivar e concretizar esta ampla defesa, com participação ativa, marcada pela contraditoriedade em todo o *iter* processual, em todas as fases do respectivo procedimento, até final condenação ou absolvição.

Assevera a autora que:

[...] o procedimento penal deve prover a acusação dos meios de investigar e convencer e, ao mesmo tempo, garantir à defesa os meios necessários para se justificar. Deve proporcionar ao ofendido segurança e reparação, e ao ofensor, as garantias de um processo justo de uma condenação na medida de sua culpabilidade (PONTE, 1999, p. 362).

Nesse sentido, Grinover (apud Ponte, 1999, 369) afirma que:

A oportunidade de defesa deve ser realmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, em cuja ausência não pode caracterizar-se o “devido processo legal”, inserido em toda constituição realmente moderna. Ou seja, é preciso que o julgamento se desenvolva com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição.

Corroborando essa posição, Roque Komatsu (apud PONTE, 1999, p. 378) sustenta que o direito de defesa não deve ser limitado, evitando, assim, uma situação de inferioridade jurídica do réu. Conclui o autor, que ao se afastar o direito de defesa do réu, o processo perde seu caráter legal e, assim, injusto e em desacordo com os direitos subjetivos fundamentais.

Na opinião de Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 84):

[...] o procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional.

Nesse sentido, Ponte (1999, p. 373) ressalta que:

O contraditório, para ser pleno e efetivo, como já se falou, exige a real participação das partes na relação jurídica processual. E a defesa, no momento da reação, irá efetivá-lo. A reação, portanto, é o momento de

integração do contraditório, e é através da informação que cada litigante toma ciência dos atos praticados pelo contendor.

A autora acrescenta que:

O princípio do contraditório, para sua efetividade, importa não somente o chamamento a juízo, mas o indispensável estabelecimento de fórmulas, formas e prazos para o seu exercício. Somente se contradiz perfeitamente o que se tem absoluta ciência, depois de conhecida inteiramente a realidade dos fatos (PONTE, 1999, p.379).

A efetividade do direito de ação e de defesa depende, intrinsecamente, das garantias processuais resultantes do devido processo legal. Nesse sentido, Grinover (apud PONTE, 1999, p. 372) afirma que o direito de ação e defesa:

[...] se desdobram naquele conjunto de garantias que, no arco de todo o procedimento, asseguram às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para a tutela de seus direitos e interesses, utilizando toda a ampla gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente preparar o espírito do juiz. O paralelismo entre ação e defesa é que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade de exercerem todos os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos e interesses e a condicionar o êxito do processo.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p.555) perfilham esse entendimento:

Sob pena de instauração, por vias transversas, do modelo inquisitório, o magistrado não pode dispor plenamente quanto à ocorrência, ou não, da devida instrução probatória sob o crivo dialético do debate entre acusação e defesa. Em síntese, o processo penal – aqui entendido como espaço de realização dos direitos fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, (art. 5º, LIV e LV da CF/88) – corresponde a garantia institucional de caráter processual por meio do qual o Estado deve promover todas as atividades de persecução criminal.

## 4. O INQUÉRITO POLICIAL

O presente capítulo visa à discussão sobre o inquérito policial. Inicialmente, são discutidos o conceito, a natureza jurídica e as principais características. Posteriormente, é explorada, à luz da doutrina e da jurisprudência predominante, a relação entre o inquérito policial e as garantias constitucionais discutidas no capítulo anterior.

### 4.1 Inquérito policial: noções gerais

O inquérito policial foi criado com o advento da Lei nº. 2.033 de 1871 e regulado pelo decreto nº. 4.824 de 1871. Segundo Fernandes (2005, p. 92), o inquérito foi criado em virtude da preocupação do Estado monárquico com o excesso de poder das autoridades policiais no sistema processual brasileiro. De acordo com o autor:

Não havia fixação de tempo para a autoridade policial remeter aos juízes os dados e esclarecimentos obtidos, a fim de que se procedesse à formação de culpa. A polícia realizava autênticas devassas. O inquérito policial teve como escopo conter os abusos, fixando-se prazo para o encerramento das investigações; assim, se o investigado estivesse preso, o inquérito deveria se ultimado em cinco dias (FERNANDES, 2005, p. 92).

O Decreto nº. 4.824 de 1871 define inquérito policial como “todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Para Rangel (2007, p. 66) o inquérito policial:

[...] é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.

Salles Júnior (apud SILVA, 2006) conceitua inquérito policial como “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto”.

Para Queiroz Filho (apud SILVA, 2006) o inquérito policial “é o instrumento pelo qual o Delegado de Polícia materializa a investigação criminal, compila informações a respeito da infração penal, de suas circunstâncias e resguarda provas futuras que serão utilizadas em juízo contra o autor do delito”.

Aguiar (2000) sinaliza que durante o inquérito policial predomina a busca por provas a fim de justificar a instauração ou não de uma futura ação penal, não existindo nesta fase a figura do acusado. O autor ressalta o caráter inquisitivo do inquérito policial como demonstrado no fragmento abaixo:

[...] Sabe-se que uma característica inerente ao inquérito policial é o seu caráter inquisitivo, ou seja, as atividades nele desenvolvidas são presididas por uma única autoridade, agindo esta de ofício ou provocada, empregando as atividades necessárias para a execução do fim primário de todo inquérito policial – o esclarecimento do crime e da sua autoria.

Ante a instrumentalidade e o garantismo penal, Rangel (2007, p.67) reforça que o inquérito policial possui uma função garantidora, ou seja, seu objetivo é evitar a instauração de uma ação penal infundada por parte do Ministério Público.

Aguiar (2000) atenta para o fato de que os elementos colhidos durante o inquérito policial possuem valor apenas relativo haja a vista a ausência de garantias constitucionais, isto é, a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido Rangel (2007, p. 67) salienta que o inquérito policial não visa à apuração de culpa, mas a verdade de um fato “que tem aparente tipificação penal”. Para o autor o inquérito tem um caráter meramente informativo, cuja finalidade consiste em subsidiar a ação penal, como observado no trecho a seguir:

O inquérito tem valor penal informativo. Não visa emitir nenhum juízo de valor sobre a conduta do autor do fato, que, apontado no inquérito como tal, passa a ser tratado como indiciado (indicado como, apontado). Assim, sua finalidade é preparar os elementos necessários que possibilitem ao titular da ação penal (pública ou privada) a descrição correta, na peça exordial (denúncia ou queixa), dos elementos objetivos, subjetivos e normativos que integram a figura típica (2007, p.68).

Quanto à sua natureza jurídica, o inquérito policial é “um procedimento de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal” (RANGEL, 2007, P.69).

Queiroz Filho (apud SILVA, 2006) explica a razão para a natureza de procedimento administrativo do inquérito policial: “em princípio, o inquérito é elaborado pela autoridade

policial, que pertence ao Poder Executivo, e por isso o procedimento possui natureza administrativa”.

No que tange as características do inquérito policial, é possível afirmar que se trata de um procedimento administrativo inquisitivo, formal, sistemático, unidirecional, sigiloso e discricionário (RANGEL, 2007, P.84-89).

O inquérito policial é procedimento inquisitorial haja vista ser um procedimento em que inexiste a figura do acusado, mas tão somente a do indiciado, objeto da investigação, sendo impossível a concessão do direito de defesa. É procedimento formal e sistemático, em razão da exigência do artigo 9º do CPP e da necessidade de sistematização e de seqüência lógica na descrição dos acontecimentos. É unidirecional, pois tem como fito a apuração de infrações penais, não devendo ser utilizado para a expressão de juízos de valores da autoridade policial. É discricionário porque a autoridade policial exerce sua função de investigar livre de formas e condições previamente estabelecidas. Por fim, é sigiloso em razão da necessidade de elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, conforme preceituado pelo artigo 20 do CPP (RANGEL, 2007, p.84-89).

#### **4.2 O inquérito policial e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa**

BASTOS (2001, p. 289) ressalta que o contraditório e a ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial. Segundo o autor:

[...] os envolvidos em inquérito policial não podem ser tidos por acusados nos termos da Constituição. A acusação é sempre a irrogação a alguém da prática de um ato condenável, no caso de um ilícito penal. Enquanto não advenha esse ato estatal que impute à determinada pessoa a prática do delito, esta não pode ser tida por acusada. A fase investigadora é, portanto, preparatória da acusação, uma vez que só pelo desvendamento do ocorrido e pela identificação da autoria é possível praticar-se o ato forma da acusação. (2001, p.289)

Com efeito, a tese sustentada pelos autores está alinhada com entendimento pacificado pelo STF, conforme o seguinte relato extraído do HC 69.372-5/SP<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 69.372-5/RJ. Impetrante: Sílvia Menezes dos Santos. Impetrado: Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01 ago. 2008.

O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios – precipuamente destinados ao órgão da acusação pública – habilitá-lo-ão a instaurar a *persecutio criminis in iudicio*.

A investigação policial – que tem no inquérito o instrumento de sua concretização – não se desenvolve, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal.

A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, p. 75, 1991, Atlas; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, v. I/157, item 82, Forense) quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal *em juízo*.

Nesse contexto, Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 57), sustentam que:

*O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu) e por isso também não há defesa. Mas, evidentemente, os direitos fundamentais não de ser plenamente tutelados no inquérito.*

Asseveram os autores:

A investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada *inquérito policial* não está abrangida pela garantia do contraditório e da defesa, mesmo perante o novo texto constitucional, pois nela ainda não há acusado, mas mero indiciado. Permanece de pé a distinção do código de Processo Penal, que trata do inquérito nos arts. 4º e 23, e da instrução processual nos arts. 394 e 405 (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1995, p. 83)

Rangel (2007, p. 69) esclarece que por se tratar de procedimento para apuração de um fato sugestivo de uma infração penal, o inquérito policial não comporta o elemento acusação, mas tão somente o indiciamento, não cabendo a aplicação do contraditório, pois o indiciado é objeto da investigação, tendo todos os seus direitos assegurados.

Sob o ângulo do sistema acusatório e a garantia do contraditório, Rangel (2007, p.70) reforça que não existindo acusação no inquérito policial, mas somente a investigação de fatos, não há que se falar em defesa.

Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada pelo STF ressalva o afastamento do princípio da ampla defesa durante o inquérito policial ante a falta de pressupostos para a



materialização de sua essência assim como preconizada pelo texto constitucional, conforme revelado no fragmento a seguir extraído do HC 82.354/PR<sup>13</sup>:

[...] o certo é que inquérito policial não é processo, mas procedimento administrativo – ancilar e eventualmente preparatório do processo penal, sempre jurisdicional, que se instaura com o recebimento da denúncia – não porque seja administrativo, mas porque nele, inquérito, nada decide a autoridade policial – é dizer administrativa – que o dirige.

O inquérito policial, por ser um procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação judicial do Ministério Público, não é nem precisa ser contraditório. É inquisitivo e por isso mesmo não conclusivo

[...] o inquérito policial não tem por objeto uma acusação, nem um **acusado**, por sujeito, que uma e outro só eventualmente se substantivarão se, com base nele, sobrevêm a denúncia e, recebida esta, a instauração, em juízo, de um processo penal condenatório: assim, no inquérito, ainda não há falar da “*ampla defesa*” no sentido em que a assegura, aos acusados, o texto constitucional referido.

Complementando o posicionamento anterior, cumpre ressaltar que o inquérito policial não pode servir como guia para a decisão judicial, conforme fragmento a seguir extraído do HC 73.338-7/RJ<sup>14</sup>.

[...] os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal.

A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária (*informatio delicti*), de um lado, e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial, de outro, não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte venha a ser a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito respectivo.

A esse respeito, Fernandes (2005, p. 75) afirma que “a etapa prévia de investigação foi a maneira que o direito processual penal encontrou para haver uma acusação justa e pra evitar imputações apressadas”. Salienta o autor que “não há durante o inquérito participação da defesa, podendo o indicado, somente requerer diligências, realizáveis segundo critério discricionário da autoridade policial (art. 14, CPP)” (FERNANDES, 2005 p.128).

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 82.354-8/PR. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 ago. 2008.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 73.338-8/RJ. Impetrantes: Eduardo de Vilhena Toledo e Outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01 ago. 2008.

## **5. DEFESA PRELIMINAR: O DIREITO DE DEFESA, AS NULIDADES PROCESSUAIS E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL**

O presente capítulo visa à discussão acerca da defesa preliminar face ao direito de defesa, às nulidades processuais e ao entendimento da doutrina e jurisprudência dominante. Inicialmente, a defesa preliminar é discutida a luz do direito de defesa do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial. Posteriormente, é estudada a divergência jurisprudencial entre STF e STJ. Finalizando este capítulo, a última seção versa sobre a caracterização (absoluta ou relativa) da nulidade processual advinda do afastamento da regra do artigo 514 do CPP.

### **5.1 Defesa preliminar: o direito de defesa e a posição da doutrina e jurisprudência**

A rigor, a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LV há muito deu maior amplitude ao direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Como bem salientou Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 547):

Há muito vem a doutrina enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo.

[...] o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava que “com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas.

Na visão dos autores:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. [...] no Direito Alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, P. 547).

Para esses doutrinadores:

[...] a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- direito de informação [...], que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- direito de manifestação [...], que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- direito de ver seus argumentos considerados [...], que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas.

Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que também deriva o dever de fundamentar as decisões (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 547-548).

Consoante asseveram:

No processo penal, o princípio da ampla defesa e do contraditório tem, por razões óbvias, aplicação significativa e analítica. Entende-se que não só não pode haver condenação sem defesa, como também que, na falta de defensor do réu, de designar-se-lhe defensor dativo (art. 263 do CPP) (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 548).

Ressalte-se que o STF – órgão máximo da justiça brasileira – tem afirmado que:

[...] os poderes inquisitivos do juiz encontram limite no princípio do contraditório que impõe à autoridade judiciária – qualquer que seja o grau de jurisdição que atue – o dever jurídico-processual de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo.<sup>15</sup>

O artigo 513 do CPP estabelece, nos procedimentos dos crimes afiançáveis de responsabilidade do funcionário público, o oferecimento de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia ou queixa pelo juízo competente, com a determinação, pelo artigo 514 do CPP, da notificação do acusado de forma a permitir a completude da regra.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 69.001. Impetrante: Flávio José Martins. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 set. 2008.

Nesse sentido, Moraes (2001, p.362) ensina que o princípio da ampla defesa abarca o direito do acusado à informação quantos aos fatos a ele imputados e a descrição detalhada dos mesmos, e que fundamentam a acusação que dará início a relação processual penal.

Na visão de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 308):

A oportunidade para defesa preliminar deve ser dada quando se trate de um dos crimes funcionais típicos definidos nos arts. 312 a 326 do CP e, também, quando a atuação do agente como funcionário no cometimento do delito impõe-lhe pena mais grave, constituindo, por exemplo, circunstância qualificadora do crime, como sucede na falsidade ideológica (art. 299, parágrafo único, CP)

Como bem dizem:

A notificação é necessária mesmo que o acusado, no momento da denúncia ou queixa, não seja mais funcionário público porque se aposentou, ou foi exonerado, ou, ainda, por outro motivo, perdeu a condição de funcionário. Visando a lei a proteger a Administração Pública, o interesse em evitar o processo persiste mesmo que o acusado não ostente mais a qualidade de funcionário (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 2004, p. 299-309).

Tal como lecionam:

A notificação é exigida tanto quando a denúncia esteja embasada em inquérito policial como, nos termos do art. 513 do CPP, em documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou em declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 2004, p. 309).

Conforme observam:

No caso de o réu estar acusado no mesmo processo por crime funcional e por outro delito, deve-se assegurar a oportunidade da resposta preliminar, pois assim haverá maior garantia ao direito de defesa, seja em relação aos dois crimes que, devido à conexão, conduziram à unidade do processo e julgamento, seja pelo menos no tocante ao crime de responsabilidade, pois a previsão do art. 514 não poderia ser afastada somente porque existe vínculo entre as duas infrações penais (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 2004, p. 310).

No tocante às garantias procedimentais, tanto nos procedimentos comuns quanto naqueles de natureza especial, preleciona Fernandes (2002, p.114):

Em duas vertentes podem ser tratadas as garantias procedimentais: a garantia ao procedimento integral e a garantia ao procedimento tipificado. São garantias não expressas, enquadráveis na garantia genérica do devido processo legal.

[...] Estabelecidos os procedimentos, a parte tem a garantia de que o juiz irá observá-los integralmente e, ainda, de que levará em conta a coordenação e vinculação estabelecidas entre os atos da cadeia procedimental.

Nesse contexto, alerta:

Em virtude da garantia da observância integral do procedimento, não se permite ao juiz suprimir atos ou fases do procedimento. Não sendo realizado ato da série procedimental, se houver prejuízo à parte, ocorrerá nulidade. Quando se suprime fase procedimental, o prejuízo é imanente à falha, pois se ofende o devido processo legal. Em regra, haverá cerceamento ao direito de ação ou de defesa e, muito comumente, ao direito à prova das partes (FERNANDES, 2002, p.114-115).

Como bem observa:

Não se admite, em face da garantia ao procedimento integral, que o juiz possa, mesmo com a concordância do advogado, abreviar o procedimento, pois, isso resultará na supressão de fase do procedimento ajustado ao caso (FERNANDES, 2002, p.115).

Nesse passo acentua:

[...], têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento. Esse direito, [...], só pode ser entendido e compreendido em face da função que cada ato ou fase exerce dentro da unidade procedimental, tendo-se em conta o resultado a ser obtido (FERNANDES, 2005, p.69).

Conclui o autor:

No processo penal, o direito ao procedimento é direito a um procedimento que permita a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal e, ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal. Não representa direito a um procedimento certo, determinado, delineado, com todos os seus atos e fases, em sequência predeterminada, mas a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo penal (FERNANDES, 2005, p. 303).

Da mesma forma é a lição de Freitas (1978) ao sustentar que:

Ao inserir no Código de Processo do Processo Penal um capítulo especial para o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, teve em mira o legislador dar maiores oportunidades de defesa ao servidor acusado da prática de crime contra a Administração, não só para evitar acusações gratuitas ou movidas por espírito de vingança, como, também, proteger o bom nome da Administração Pública, pois a sujeição de um funcionário a processo crime também lhe acarreta desprestígio e descrédito.

Outra não é a lição de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 308) ao afirmarem que um dos objetivos da norma dos artigos 513 e 514 do CPP é a proteção do “interesse público da Administração consistente no resguardo de seus funcionários para que não sejam indevidamente processados”.

Segundo Freitas (1978):

De fato, tendo em vista o estreito contato do servidor com o público, geralmente em campos quase opostos, obrigado que é a exigir o cumprimento de determinações legais, nem sempre do agrado da coletividade, contrariando os interesses do cidadão, não raras vezes é o funcionário vítima de acusações infundadas, que redundam em inquéritos administrativos ou policiais e processos crimes.

Como bem diz:

Tais situações, além de tirar a tranquilidade que o servidor público necessita para o bom desempenho de suas funções, também causam evidente prejuízo à Administração, a qual, como já foi dito, também se vê atingida pela imputação.

Daí o acerto do legislador ao imprimir um rito especial mais amplo e com maiores possibilidades de defesa para o funcionário público acusado da prática de crimes de responsabilidade, dando-lhe oportunidade de ver trancada de plano a ação penal, evitando, assim, toda publicidade, desprestígio e vexames que ela acarreta. (FREITAS, 1978).

Sob esse aspecto, assevera Pedroso (1986, p. 235-236):

[...], segue-se, como corolário, que nos crimes afiançáveis de responsabilidade, perpetrados pelo funcionário público, inscreve-se como condição de instauração regular do processo a concessão do direito de defesa preliminar, inserido entre o oferecimento e o recebimento da exordial acusatória.

A obliteração dessa faculdade, pela ausência da notificação a que alude o art. 514 do CPP, ou pela omissão na nomeação de defensor, nas circunstâncias do parágrafo único do mesmo processo eiva que tisna sua instauração válida.

Nesse contexto, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 121) ressaltam que:

É exigência fundamental ao exercício do contraditório o conhecimento, pelos interessados de todos os dados do processo, pois sem a completa e adequada informação a respeito dos diversos atos praticados, das provas produzidas, dos argumentos apresentado pelo adversário, a participação seria ilusória e desprovida de aptidão para influenciar o convencimento do juiz.

Assinalam os autores que

A efetividade dos diversos atos de comunicação processual representa condição indispensável ao pleno exercício dos direitos e facultade s conferidos às partes; sua falta ou imperfeição implica sempre prejuízo ao

contraditório, comprometendo toda a atividade subsequente (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 2004, p. 121).

Como bem assegura Dinamarco (2005, p.154):

No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua seqüência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá a conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do *devido processo legal*. (grifo do autor)

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes filho (2004, p.21):

A regulamentação das formas processuais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir.

Consoante assinala Dinamarco (2005, p.154):

O que importa é a estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais, que a Constituição e a lei impõem ao juiz que comanda o processo. A observância da lei torna-se importante, nesse contexto, como meio de preservar o *devido processo* constituído por essa estrutura. O alcance da cláusula vai além dos limites do processo jurisdicional e por isso são freqüentes as afirmações de sua natureza extra-processual, ou substancial.

Na sua visão:

Quando se diz que o procedimento legitima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-se-ia com a ordem constitucional (DINAMARCO, 2005, p.158).

Sob este enfoque, preleciona que:

[...], se de um lado o procedimento regular é fator legitimante do exercício do poder, por outro, ele próprio recebe legitimidade do modo como disciplina esse exercício, ou seja, da medida em que o dimensiona segundo as garantias constitucionais e favorece a efetiva participação dos sujeitos interessados (DINAMARCO, 2005, p.159).

No entender do autor:

*A idéia da legitimação pelo procedimento é vitoriosa hoje, mesmo fora do campo jurisdicional, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social. Seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo.*

*Essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo (DINAMARCO, 2005, p.159).*

Demais disso, adverte:

*Não se compatibiliza com o espírito do Estado-de-direito democrático a imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório (DINAMARCO, 2005, p.161).*

Dentro dessas concepções, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região há muito delimitou entendimento em efetiva consonância à doutrina mencionada consoante se observa em julgado proferido no HC nº 92.01.23178-4/MT<sup>16</sup>, cujo Relator foi o Juiz Nelson Gomes da Silva, assim ementado:

#### EMENTA

HC. Trancamento de ação penal. Atipicidade dos fatos descritos. Crime funcional. Supressão da fase de defesa preliminar. Nulidade. Prejuízo evidente. Art. 514, do CPP.

1. Em se tratando de crimes funcionais, o funcionário denunciado é de ser notificado para responder à acusação, antes do recebimento da denúncia, sob pena de nulidade absoluta vez que o prejuízo do réu, nesse caso, é evidente.

2. Na denúncia por prática do crime de prevaricação, a peça acusatória há de descrever qual o interesse ou sentimento pessoal do réu que o fez retardar ou deixar de praticar indevidamente seu ato de ofício o levou a praticá-lo contra expressa disposição de lei, sob pena de tornar-se inepta à acusação.

3. Não atender o Escrivão de Registro Civil requisição de certidão de nascimento constante dos livros, de seu cartório, apenas por desídia, não tipifica o crime de prevaricação.

4. HC concedido.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

DECIDE a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conceder o HC, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas corpus* nº. 92.01.23178-4/MT. Impetrante: Zoroastro C. Teixeira. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara - MT. Relator: Juiz Nelson Gomes da Silva. Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: < <http://www.trf1.gov.br> >. Acesso em 12 set. 2008.



Do oportuno voto do Relator destaca-se:

A nosso sentir, a questão, aqui, é de saber-se se o juiz pode desprezar a fase de defesa preliminar, instituída pelo art. 514, do CPP, recebendo de pronto a denúncia, sob o argumento de que a acusação se fulcro em Inquérito Policial.

Parece-nos mais sábia, cautelosa e prudente, a posição daqueles que exigem o cumprimento, para o processo, da forma pela lei regulada (o devido processo legal), por ser dogma constitucional, de garantia do réu e de jurisdição. Como ensinava J. C. de Azevedo Marques: “Complemento das Liberdades Públicas, as formalidades do processo são destinadas à proteção dos direitos dos cidadãos, a preservá-los do arbítrio, dos excessos de poder”<sup>17</sup>.

Sob este enfoque, válidos os ensinamentos apontados pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do HC n° 85.779-5/RJ<sup>18</sup> ao asseverar no oportuno voto:

[...] que estamos diante de mais um daqueles casos em que a atividade persecutória do Estado orienta-se me flagrante desconformidade com os postulados processuais-constitucionais.

Em última instância, entendo que uma persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput). No caso concreto, portanto, vislumbro típica situação de violação do direito constitucional de defesa.

Desse modo, ao contrário do sustentado pelo parecer da PGR (fls. 126/128), a simples alegação de que a denúncia teria se lastreado em inquérito policial não me parece fundamentado jurídico idôneo para justificar o afastamento da norma contida no artigo 514 do Código de Processo Penal. Tal afastamento, a meu ver, configura violência ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II), ao direito constitucional de defesa (CF, art. 5º, LV), ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); e ao contraditório (CF, art. 5º, LV).

Tendo em vista que a nulidade ora reconhecida decorre de ato do juízo originário que, ao receber a denúncia, não garantiu, de imediato, a oportunidade de prévia manifestação do paciente, é forçoso reconhecer a nulidade do ato judicial de recebimento da denúncia.

Nestes termos, considerada a excepcionalidade do caso concreto, o meu voto é pelo deferimento da ordem de habeas corpus, para que o processo seja declarado nulo desde nulo desde o recebimento da denúncia, inclusive, obedecendo-se ao disposto no art. 514 do Código de Processo Penal.

E, caso meu posicionamento seja vencido, considero que é hora do Supremo Tribunal Federal rediscutir a jurisprudência ora vigente, ao considerar ser de ordem relativa a nulidade decorrente do não-cumprimento do art. 514 do

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas corpus* n°. 92.01.23178-4/MT. Impetrante: Zoroastro C. Teixeira. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara - MT. Relator: Juiz Nelson Gomes da Silva. Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em 12 set. 2008.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n°. 85.779-5/RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

CPP, e, ainda, que é prescindível a aplicação deste artigo naqueles casos em que a denúncia for lastreada em inquérito policial.

Urge que este Supremo Tribunal Federal reconheça a atual imposição do pleno exercício do direito de defesa prévia, em conformidade com a recente conformação que o direito de defesa tem recebido no plenário desta Corte, independentemente mesmo da afiançabilidade do delito cometido.

## 5.2 A atual divergência jurisprudencial entre STJ e STF

Em verdade, o HC nº. 85.779-5/RJ representou um marco na discussão da defesa preliminar no procedimento especial dos crimes afiançáveis praticados por servidores públicos, pacificando o entendimento quanto à necessidade de resposta preliminar quando a exordial acusatória for lastreada em inquérito policial.

Nesse sentido, cumpre destacar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC nº. 85.779/RJ<sup>19</sup>:

[...] também não tenho dúvidas, em tese, a subscrever a rejeição da jurisprudência - salvo engano já sumulada - do colendo Superior Tribunal de Justiça - que dá à circunstância de ter havido inquérito policial os efeitos de uma causa de não-incidência do artigo 514 do Código de Processo Penal. E, neste Tribunal, com tantos processos, não posso dizer que nunca tenha acompanhado um voto no mesmo sentido, já que são citados inúmeros precedentes. Devo ter acompanhado algum, não me lembro de ter relatado. Mas, de qualquer modo, estou convencido de que não há razões dogmáticas nem, menos ainda, constitucionais para persistir na orientação.

Sob este enfoque, observa o Ministro Cezar Peluso em debate suscitado no referido julgado<sup>20</sup>:

[...] a despeito disso, eu faria outra ponderação: essa jurisprudência - abrindo parêntese -, fundada na necessidade ou desnecessidade de inquérito, com o devido respeito, para mim não tem consistência, até porque a Lei nº 8.038, que regula expressamente ações penais fundadas em inquéritos, prevê prazo igual e nem por isso dispensa defesa prévia.

Outro não foi o entendimento do Ministro Sepúlveda da Pertence no julgamento do HC nº. 89.686-3/SP<sup>21</sup>:

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 85.779-5/RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

<sup>20</sup> Idem.

Em recentíssima decisão plenária (HC 85.779, Pl., **Gilmar**, Inf. 457), contudo, houve a virada da jurisprudência do Tribunal, para firmar, como *obiter dictum*, o entendimento de que a notificação prévia não é dispensada ainda quando a denúncia se apóie em inquérito policial.

Ressaltei, naquela oportunidade, que não há “razões dogmáticas nem, menos ainda, constitucionais para persistir na orientação” anteriormente firmada.

”A verdade” - observou com precisão **José Frederico Marques** - “é que o artigo 513 do Código de Processo Penal não passa de reprodução do que dispunha o Código de Processo Criminal de 1832”, no qual não se admitia inquérito policial “nos crimes funcionais, ou ‘delitos próprios’”.

”Incompreensível” - arrematou **Frederico Marques** - “é que os autores do projeto do atual Código de Processo Penal não tenham atentado para isso e, em consequência, inserissem em seus textos uma norma obsoleta como a do artigo 513, onde até em justificação se fala, e isso sem nenhum propósito”.

Assim, a ausência de referência ao inquérito policial se deve ao fato de o art. 513 do C.Pr. Penal ter sido extraído do C.Pr. Penal do Império que, à época de sua vigência, não admitia a instauração de inquérito nos crimes funcionais.

Vale dizer, a forma de obtenção dos elementos de informação nada tem a ver com a defesa preliminar prevista no art. 514 do C.Pr. Penal.

Assim, a interpretação correta é que, havendo inquérito, dispensam-se os elementos de informação mencionados no art. 513: nada mais do que isso.

Não obstante o atual posicionamento, o STF já sustentou, até recentemente, a tese de que a defesa preliminar era dispensável se a denúncia ou queixa fosse amparada em inquérito policial, conforme observado nas ementas dos HC nº. 71.237-1/RS e 85.560-1/SP, respectivamente:

[...] Denúncia - Crime de responsabilidade de funcionário público - Notificação do acusado - Exigibilidade. A notificação do acusado prevista no artigo 514 do código de processo penal apenas e exigível quando a denúncia deixa de ser precedida do inquérito - inteligência dos artigos 513 e 514 do código de processo penal. Precedentes: recurso em *habeas-corpus* nº. 50.664/PR, Relator Ministro Antonio Neder, Revista Trimestral de Jurisprudência nº. 66/365; *habeas-corpus* nº. 60.826, Relator Ministro Néri da Silveira, Revista Trimestral de Jurisprudência nº. 110/601 e Diário de 3 de dezembro de 1993 (HC nº. 71.237-1/RS).<sup>22</sup>

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 89.686-3/SP. Impetrante: Hélio Bialski e Outro (A/S). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 71.237-1/RS. Impetrante: Paulo Roberto Corino. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de maio de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

Ementa: “*Habeas Corpus*” - Crime funcional afiançável - Denúncia oferecida com fundamento em inquérito policial - Ausência de notificação prévia (CPP, art. 514) - Nulidade processual inócua - Pedido indeferido. Revela-se dispensável a notificação prévia, para efeito de defesa preliminar (CPP, art. 514), nos casos em que a denúncia é apresentada com base em inquérito policial. Doutrina. Precedentes (HC nº. 85.560-1/SP).<sup>23</sup>

Nesse sentido, destaca-se o histórico entendimento do STF, ocorrido ainda sob a égide da Constituição anterior, em que o Ministro Antônio Neder aduziu as razões para tal, conforme observado em seu voto proferido no julgado do Recurso de HC nº 50.664<sup>24</sup>:

[...] o primeiro fundamento do recurso é o que diz respeito à argüida nulidade que promana da inobservância, na ação penal a que responde o paciente, do preceito inscrito no art. 514 do CPP.

Na verdade, ordena essa norma ao juiz que, nos crimes funcionais afiançáveis, estando em forma a denúncia ou queixa, mande autuá-la e notificar o acusado para responder por escrito, em quinze dias, ao que lhe é imputado em tal peça.

Ocorre, porém, que essa formalidade foi imposta para impedir se concretize injusto ou abusivo procedimento criminal, visto que o art. 513 do mesmo Código permite que a denúncia ou queixa seja instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do crime, ou, mesmo, com a declaração, fundamentada bem se vê, de ser impossível a apresentação de qualquer dessas provas.

Assim, no caso em que a ação penal é instaurada por causa de fato que se apurou em inquérito que instrui a denúncia, como ocorreu neste processo, a supracitada formalidade deixa de ser essencial à validade do seu procedimento, porque afastado o perigo que decorre da aplicação abusiva do art. 513 do CPP.”

Não obstante a revisão jurisprudencial conduzida pelo STF e seu atual posicionamento, o STJ vem adotando em seus julgados um posição contrária a sustentada pelo STF, e pacificou seu entendimento com a publicação da Súmula 330, em 20 de setembro de 2006, que determina a desnecessidade da defesa preliminar quando a ação penal for instruída por inquérito policial.<sup>25</sup>

Nesse sentido, é oportuno transcrever alguns dos precedentes da Corte Superior de Justiça que consubstanciaram a Súmula 330:

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 85.560-1/SP. Impetrante: José Márcio do Valle Garcia. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, 13 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas Corpus* nº. 50.664/PR. Recorrente: Luiz Vicente Meneghel Rando. Recorrido: Tribunal de Alçada do Paraná. Relator: Ministro Antônio Neder. Brasília, DF, 30 de março de 1973. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 330. É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

## EMENTA

HC. Penal. Crime atribuído a funcionário público. Notificação. Inquérito policial ou processo administrativo. Art. 514, do CPP. Dosimetria da pena. Pena base fixada acima do mínimo. Fundamentação suficiente. Art. 59, CP. Alegação de que a condenação se baseou em provas obtidas por meios ilícitos. Impossibilidade de apreciação na sede estreita do *habeas corpus*. A notificação do acusado só é imprescindível se a denúncia não estiver instruída com inquérito policial ou processo administrativo (arts. 513 e 514, do CPP).

[...]

Ordem Denegada. (HC nº. 29.574).<sup>26</sup>

## EMENTA

*Habeas Corpus*. Concussão. Defesa preliminar do artigo 514 do CPP. Ausência. Constrangimento ilegal inexistente. Denúncia fundada em inquérito policial. Ordem denegada.

1. A resposta prévia do réu, disciplinada no artigo 514 do Código de Processo Penal, não constitui privilégio outorgado ao funcionário público, mas, ao contrário, um sucedâneo da restrição que lhe impõe a lei em obséquio do Poder Público.

2. Em havendo instauração de inquérito policial, arreda-se a incidência da norma inserta no artigo 514 da Lei Adjetiva Penal (Precedentes).

3. Ordem denegada. (HC nº 34.704/RJ) <sup>27</sup>

É bem verdade que a jurisprudência do STJ tem caminhado em sentido diverso do posicionamento sustentado pelo STF, ao entender pela desnecessidade da resposta preliminar no procedimento especial para os crimes funcionais instruídos por inquérito policial. Recentemente, porém, o STF ao revisitar sua jurisprudência no julgamento do HC nº 85.779-5/RJ atentou para a salvaguarda do direito de defesa.

Sob esse enfoque, é oportuno transcrever o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no HC nº. 85.779-5/RJ<sup>28</sup>:

Ao se violar o direito de defesa, está a se violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição.

Como se sabe, na sua acepção originária, o princípio da dignidade humana proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de *Habeas Corpus* nº. 29.574/PB. Impetrante: Marxsuel Fernandes de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de *Habeas Corpus* nº. 34.704/RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 28 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 85.779-5/RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

[...]

No presente caso, fato decisivo é o de a defesa desde a apresentação das alegações finais, ter buscado demonstrar a existência de nulidade no processo, decorrente do desatendimento às normas do art. 514 do CPP, ao alegar que “os tipos delituosos impostos aos defendentes como vulnerados – art. 316 do Código Penal – estão entre aqueles etiquetados como afiançáveis, razão pela qual sob o manto formal dos termos do artigo 514 do Código de processo Penal, cumpre ao juiz, antes de receber a denúncia, mandar notificar o acusado para que responda, por escrito, em 15 dias, sob pena de nulidade insanável, ex vi do artigo 564, III, ‘e’, do mesmo último Codex mencionado.” (fl.45)

A esse respeito Fernandes (2005, p. 75) ensina que:

[...] a existência da fase de investigação constitui uma garantia contra acusações apressadas e destituídas de suficiente base, por outro, a utilização dos elementos colhidos durante esse período pré-processual não pode ir além de sua finalidade essencial: permitir a acusação. Não devem tais elementos servir à condenação, sob pena de serem anuladas outras garantias essenciais, como a da ampla defesa e a do contraditório.

Nesse contexto, Mendes, Coelho e Branco (2008, p.257) asseveram que:

A afronta a um direito de defesa deve encontrar remédio na ordem jurídica, com vistas a compelir o Estado a se abster de praticar o ato incompatível com os direitos fundamentais ou a anular o que já praticou. O princípio da responsabilidade civil do Estado enseja que a ofensa ao direito fundamental suscite, igualmente, compensação pecuniária.

[...] as normas que prevêm os direitos de defesa são, de ordinário, auto-executáveis. Mesmo que nelas se vejam incluídas expressões vagas e abertas, isso não haverá de constituir embaraço para a sua aplicação, uma vez que o conteúdo, na maioria dos casos, pode ser determinado por via hermenêutica – e a tarefa da interpretação incumbe precipuamente ao Judiciário.

### **5.3 A discussão sobre a nulidade processual decorrente da não observância do artigo 514 do CPP**

De acordo com a jurisprudência pacificada no STF, o afastamento da regra do artigo 514 do CPP constitui um vício causador de nulidade relativa, devendo ser argüido oportunamente, passivo de preclusão.

Nesse contexto, destacam-se os seguintes precedentes do STF:

## EMENTA: “Habeas Corpus”.

[...]

Tendo a denúncia imputado ao ora paciente crimes funcionais, não se aplica o disposto no artigo 514 do C.P.P., como entendeu esta Corte no julgamento do HC 50664 (RTJ 66/365 e segs.), ao salientar: “Bastante é que a denúncia classifique que a conduta do réu em norma que defina crime funcional embora nela inclua também o de responsabilidade, para se afastar a medida prevista no art. 514 do C. Pr. Penal”

De outra parte, a omissão dessa formalidade só acarreta, segundo a jurisprudência desta Corte, nulidade relativa, que não se declara quando não alegada – como não o foi no caso – no momento oportuno, nem quando não há a demonstração de prejuízo para o réu”. Ademais, segundo o relatório da sentença de primeiro grau, - e o ora paciente não demonstrou o contrário -, foi ele notificado para apresentar resposta nos termos do artigo 514 do C.P.P. e a apresentou.

“Habeas corpus” indeferido (HC nº 73.099-0/SP) <sup>29</sup>.

## EMENTA: Habeas Corpus

[...]

A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser argüida oportunamente, sob pena de preclusão. Precedentes.

Inobservância do procedimento ocorrida em razão de equivocada classificação jurídica do fato na denúncia, vício que deveria ter sido afastado pelo juiz da causa no ato do recebimento da inicial.

[...]

Habeas Corpus parcialmente conhecido e na parte conhecida deferida parcialmente a ordem (HC nº 91.760-7/PI) <sup>30</sup>.

Nestes termos, ressalta-se o voto da Ministra Relatora Carmem Lúcia no HC nº 91.760/PI<sup>31</sup>:

A tese principal do presente habeas corpus é de nulidade do processo, sob o argumento de que não teria sido observado o procedimento previsto no arts. 514 e seguintes do Código de Processo Penal.

Partem os Impetrantes da premissa de que essa nulidade, se existente, seria absoluta e, portanto, poderia ser reconhecida a qualquer tempo, ainda que depois de transitada em julgado a condenação.

Os impetrantes, contudo, não têm razão de direito.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 73.099-0/SP. Impetrante: Rubens Simões. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 03 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 91.760-7/PI. Impetrante: Sérgio Henrique de Almeida Leitão e Outro (A/S). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, DF, 30 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 abr. 2008.

<sup>31</sup> Idem.

A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa, o qual, portanto, deve ser argüido oportunamente, sob pena de preclusão (Habeas Corpus ns. 86.686, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 17.8.2007; 71.237, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 1.7.1994; 68.621, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 2.8.1991; 65.277, Rel. Ministro Djaci Falcão, DJ 3.10.1987; 65.261, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 31.10.1987; Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 54.705, Rel. Ministro Cunha Peixoto, DJ 1º.11.76; e Recurso Ordinário n. 71.161, Rel. Ministro Cunha Peixoto, DJ 1º.11.76; e Recurso Extraordinário n. 71.161, Rel. Ministro Djaci Falcão, RTJ 60/489).

Esse entendimento é de aplicar, sobretudo, quando, tal como se dá na espécie vertente, a nulidade somente foi argüida em *habeas corpus*, depois do trânsito em julgado da condenação.

Não obstante a orientação sedimentada pela jurisprudência do STF, para alguns doutrinadores a omissão da formalidade do artigo 514 do CPP constitui causa de arguição de nulidade absoluta.

Dentro dessa concepção, destaca-se histórico entendimento da Egrégia Corte ocorrido ainda sob a égide da Constituição anterior, quando o Ministro Oscar Corrêa defendia que possíveis nulidades derivadas da não observância do artigo 514 do CPP teriam caráter absoluto, como se observa na ementa do julgamento do HC nº 60.104-9/SP<sup>32</sup>:

#### EMENTA

Artigo 514 do Código de Processo Penal.  
Falta de notificação do acusado para responder, por escrito, em caso de crime afiançável, apresentada a denúncia.  
Relevância da falta, importando nulidade do processo, porque atinge o princípio fundamental da ampla defesa. Evidência do prejuízo.  
*In casu*, demais disso, desigualdade de tratamento em relação ao co-réu.  
Pedido de *Habeas Corpus* deferido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de *habeas corpus*.

Do bem lançado voto do Relator destaca-se:

[...] a nulidade referente aos prazos de acusação e defesa é, pois, insanável, porque atinge o princípio fundamental da ampla defesa, elementar garantia dos direitos humanos, aliás, constitucionalmente assegurada (C.F., art. 153, § 15)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 60.104-9/SP. Impetrante: José Bonifácio Diniz de Andrada. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Oscar Corrêa. Brasília, DF, 14 de setembro de 1982. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 22 abr. 2008.

<sup>33</sup> Idem.



Consoante advertem Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 308):

A falta de notificação resulta em nulidade absoluta, pois impede a realização de fase inicial para a defesa do acusado, mesmo que anterior ao recebimento da acusação. O fato de o acusado poder, depois, durante o desenvolvimento da relação jurídico-processual, efetivar a sua defesa não afasta a nulidade, pois não é possível saber se, com a resposta antecipada, podia ter evitado a instauração da causa. Ademais, protege-se, na espécie, interesse público da Administração consistente no resguardo de seus funcionários para que não sejam indevidamente processados.

Segundo os autores, na hipótese de nulidade absoluta:

[...] a gravidade do ato viciado é flagrante e manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 2004, p. 24).

A lição de Heleno Fragoso (apud Delamanto 1979, p.115), a luz da Constituição anterior a de 1988, corrobora esse entendimento:

A nulidade decorrente da falta de observância do dispositivo legal citado é insanável, importando em violação do direito de defesa assegurado pela Constituição. É tão importante a diligência omitida, que a lei determina o condicionamento do recebimento da denúncia à resposta do acusado que poderá ser instruída com documentos e justificações, de forma a poder até elidir o processo.

## 6. A DEFESA PRELIMINAR E A LEI Nº. 11.719 DE 2008

O presente capítulo é dedicado ao exame da defesa preliminar face às alterações advindas com a vigência da lei nº. 11.719/2008 e suas implicações para o processo penal.

O Projeto de Lei (PL) nº. 4.207/2001 resultou na criação da lei nº. 11.719/2008, que alterou os dispositivos do CPP referentes à suspensão do processo, a *emendatio libelli*, a *mutatio libelli* e aos procedimentos.

As alterações introduzidas pela Lei nº. 11.719/2008 não surtiram efeito sobre o procedimento especial dos crimes funcionais, entretanto, no tocante ao escopo do presente trabalho, tais modificações são especialmente relevantes no que se refere à discussão sobre a defesa preliminar.

A atual redação do *caput* artigo 396 do CPP, dispõe que: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”<sup>34</sup>. Adverte o parágrafo único que: “no caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”.

Portanto, à luz do artigo 396 do CPP, a defesa preliminar tornou-se obrigatória, sendo dever do juiz determinar a citação do acusado para a sua apresentação, ou a constituição de defensor dativo para esse fim se verificada a circunstância prescrita pelo artigo 396-A, §2º do CPP.

A redação do artigo 394, §4º e § 5º do CPP prevê ainda que as disposições dos artigos 395 a 398 do CPP são aplicáveis a todos os procedimentos penais de primeiro grau (ainda que não regulados pelo CPP) e subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo. Sendo assim, conclui-se que a resposta preliminar foi estendida a todos os procedimentos no processo penal.

Essa medida veio ao encontro da opinião de doutrinadores que vislumbram na defesa preliminar uma oportunidade para a celeridade e justiça processual.

---

<sup>34</sup> BRASIL Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em 9 out. 2008.

A esse respeito, Fernandes (2005, p. 127) ensina que:

A falta de qualquer oportunidade de defesa, antes de o juiz aceitar a acusação, não permite que o acusado possa sequer discutir a correção da classificação posta na denúncia, a fim de evitar consequências graves – como, por exemplo, a manutenção de sua prisão porque o Ministério Público, com excesso, enquadrava a conduta descrita na imputação entre os crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

Assevera o autor que:

Oferecida a denúncia, como o juiz, desde logo, pode recebê-la, fica o acusado sem oportunidade de reagir à acusação e evitar que o juiz aceite. [...]. O importante, como ocorre atualmente no ordenamento português, é que, antes de ser aceita a acusação, o acusado dela tenha ciência e possa, justificadamente, manifestar-se. Poderia o acusado juntar documentos, requerer interrogatório ou diligências capazes de evitar o recebimento da denúncia. Poderia, simplesmente, discutir a correção da classificação. Não se trata de manter o sistema do Império, em que a fase do sumário de culpa era obrigatória, mas de dar oportunidade à defesa de se manifestar antes de o juiz receber a acusação nos termos em que proposta (FERNANDES, 2005, p. 128).

Em sua opinião:

[...] nos procedimentos dos crimes punidos com penas de reclusão ou detenção, deve-se admitir, para melhor garantia dos direitos de ampla defesa e do contraditório, possibilidade de manifestação do acusado antes de ser recebida a denúncia, dando-se ao vigente código de processo Penal interpretação condizente com o ordenamento constitucional. Em reformas do código ou em leis que criem novos procedimentos, é necessário prever a possibilidade de defesa preliminar antes de ser recebida a denúncia (FERNANDES, 2005, p. 309).

Nesse sentido, importante é a retrospectiva oferecida por Mazzilli (1983, p.451):

Ao elaborar o anteprojeto de 1970, Frederico Marques dirigiu-se ao Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, apontando a novidade: dispunha-se a sugerir como regra geral a citação do réu para responder à acusação (art. 208), ficando o recebimento da denúncia apenas para a fase do saneamento do feito (art. 301). Justificava-se o emérito Jurista atribuindo sua iniciativa à maior plenitude de defesa. Invocava, como paradigma, o sistema do anteprojeto de Código de Processo Civil de 1964, do próprio Ministro (que depois viria a gerar o PC de 1973). Adiantava ser ela boa cautela, por não dispormos de juizado de instrução, de juízo prévio de admissibilidade da acusação, afora, os casos de Júri. Acreditava, com isso, aliviar os serviços de segunda instância, diminuindo as impetrações de habeas corpus por falta de justa causa, ou por causa de extinção de punibilidade.

Não obstante, a partir das modificações introduzidas pela lei nº. 11.719/2008 sobreveio a seguinte controvérsia: o artigo 396, *caput*, alude ao recebimento da denúncia ou

queixa para posterior citação e apresentação da resposta preliminar, ao passo que o artigo 399<sup>35</sup>, *caput*, prevê, após a fase preliminar, o recebimento da inicial, a fim de designação de audiência. Resta, assim, a dúvida quanto ao exercício do juízo de admissibilidade da acusação e o conseqüente recebimento da inicial, isto é, se posterior ou anterior a defesa preliminar.

A redação original do PL n.º 4.207 de 2001<sup>36</sup>, de autoria do Poder Executivo, era clara a esse respeito, não oferecia incertezas quanto ao exercício do juízo de admissibilidade e não ensejava dúvidas quanto à intenção de estender a defesa preliminar aos ritos ordinário e sumário, por conseguinte, a consagração do contraditório prévio, conforme demonstrado a seguir:

Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data de juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

§ 1º Na resposta o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo.

[...]

Art. 396. O juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa.

[...]

Art. 399. Recebida a acusação, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

Sob esse aspecto, analisa Coutinho (2008):

Com a Lei n.º 11.719, de 20/6/08 (com vigência a partir do dia 22/8/08, em face do prazo de *vacatio legis* de sessenta dias), inovou-se com um novo art. 396 para o CPP.

Tal artigo, ainda como art. 395, quando da tramitação do Projeto de Lei n.º 4.207/01 no Congresso Nacional, recebeu a Emenda n.º 1, de 17/5/07, do Deputado João Campos, com proposta (acolhida) de inclusão do verbo

<sup>35</sup> Dispõe o art. 399, *caput*, que: “recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”

<sup>36</sup> BRASIL. Projeto Lei n.º 4.207, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 9 out. 2008.

"receber", em mesóclise, restando assim a redação definitiva: "Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias." (g.n.). O Senado tentou mudar a alteração feita, para se retornar ao texto originário, mas se voltou ao texto da Câmara dos Deputados, o qual se tornou definitivo após a Emenda n.º 8, da lavra do ilustre Deputado Federal Regis Fernandes de Oliveira, então relator: a renumeração do artigo (de 395 para 396) veio com o substitutivo apresentado.

Ocorre, não obstante, que a reforma ali processada pretendia (desde o projeto originário) criar um verdadeiro contraditório prévio, não só altamente democrático como isonômico, em face da equiparação a outros ritos, máxime aquele destinado aos que têm prerrogativa de função (Lei n.º 8.3038, de 28/5/90).

Assevera o autor que:

A única mudança cabível, em tal direção, teria sido a substituição, de toda correta, da palavra citação (que todos sabem o que é) pela palavra notificação (também conhecida de todos, embora substancialmente distinta daquela), de modo que se pudesse manter a tradição do país em termos de contraditório prévio, ou seja, não se permitir a existência de processo senão após o juízo de admissibilidade da ação, inclusive para se separar de maneira correta institutos (se se pudesse assim referir) completamente diferentes, com os efeitos daí decorrentes (COUTINHO, 2008).

Segundo Queijo (apud BARROS, 2008):

[...] o Projeto de Lei n. 4.207/01 estabeleceu a apresentação de resposta preliminar, pela defesa, antes do recebimento da denúncia. Na Lei n. 11.719, embora o rigor técnico do Projeto não tenha prevalecido, a interpretação sistemática dos arts. 396, 397 e 399, conduz à conclusão da manutenção da resposta à acusação antes do recebimento da peça vestibular.

Nesse sentido, destaca-se uma segunda controvérsia suscitada pelas modificações introduzidas pela Lei n.º 11.719/2008: pela atual redação do artigo 363, *caput*, do CPP, o processo estará plenamente formado quando realizada a citação do acusado. Constatase, a partir de uma análise literal do artigo 396, que a citação do acusado para responder por escrito à acusação sofrida enseja, à luz do artigo 363, a formação do processo, o que pressupõe o exercício do juízo de admissibilidade da ação. Assim, surge uma incompatibilidade, pois o contraditório prévio, implícito na essência da defesa preliminar, perderia sua razão de ser, haja vista a instauração do processo.

Diante do impasse, sugere Coutinho (2008):

A salvação, destarte, pode vir por uma interpretação conforme a CR, entendendo-se que onde se disse citação (e diante dos postulados constitucionais) só se pode tomar por sentido a notificação, sob pena de inconstitucionalidade, *mutatis mutandis* como se fez no caso do art. 114, I,

da CR, em face da redação determinada pela Emenda n.º 45/2004, tratando-se da competência da Justiça do Trabalho para julgamento dos casos decorrentes da "relação de trabalho".

A esse respeito, defende Streck (2008):

A solução, portanto, é a aplicação da técnica da *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição). Esta operação de jurisdição constitucional elimina a possibilidade de uma duplicidade de “fases”, porque, onde está escrito citação, leia-se notificação. A fórmula — seguindo a equação “a norma é o resultado da interpretação do texto” — será: “*O dispositivo do art. 396 somente é constitucional se entendido no sentido de que, não rejeitada liminarmente a denúncia ou a queixa, o juiz recebê-la-á e ordenará a notificação do acusado para responder a acusação no prazo de dez dias, por escrito*”.

Recordemos: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado” (art. 363), ou seja, feita citação já se terá processo e, assim, o que se decidirá (sendo ele o *due process of law*, naturalmente), daí por diante, não é mais a ação. A regra do artigo 396, assim — se não se fizer a *verfassungskonforme Auslegung* — estará quebrando/violando o sistema constitucional processual, o que vem reforçado pela redação do artigo 397, quando permite uma “absolvição sumária”, inclusive em razão da extinção da punibilidade (sic).

Desta forma, o processo somente será instaurado após a defesa escrita e circunstanciada. Essa é a chave do problema. Citação implica processo penal instaurado. E isso não pode ocorrer se quisermos preservar a tese de que a reforma veio para instaurar o império da igualdade, da ampla defesa e do contraditório. É este o ponto fulcral, resolvido, agora, em sede de interpretação conforme a Constituição, até para não tornar inútil o artigo 399.

Não restam dúvidas de que as alterações lançadas no CPP inspiram cautela por parte dos operadores do Direito, haja vista as discussões suscitadas em razão das diferentes interpretações dadas a atual redação, em especial, dos artigos 396 e 399. Todavia, há de se considerar que a pretensão do PL n.º. 4.207/2001 era o estabelecimento da resposta escrita nos moldes da defesa preliminar, ou seja, antes do recebimento da acusação.

## 7. CONCLUSÃO

Os capítulos anteriores apresentaram o apanhado doutrinário e jurisprudencial, resultante da pesquisa bibliográfica e documental realizada para a construção deste trabalho, que teve como objetivo de analisar a defesa preliminar no procedimento para os crimes praticados por servidor público contra a administração pública, considerando uma maior amplitude no papel da defesa e a efetiva participação quanto à admissibilidade da acusação.

O exercício da jurisdição brasileira é realizado por meio do sistema acusatório, no qual a separação das funções de acusar, defender e julgar garante ao processo a imparcialidade e a efetividade do princípio do devido processo legal. Assim, o processo penal assume a função de assegurar às partes envolvidas a efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa.

O conceito das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório foi aqui tratado como consequência direta do princípio constitucional do devido processo legal. Nesse sentido, o exercício da defesa preliminar no procedimento especial para os crimes funcionais deve ser assegurado ao servidor público sob pena de descumprimento de preceito constitucional, uma vez que seu objetivo consiste na antecipação do contraditório, dando ao acusado a oportunidade de defender-se da imputação de crime a ele atribuído e, porventura, evitando a instauração de ação penal indevida.

Desta forma, afastar o exercício da defesa preliminar no procedimento para crimes funcionais sob o argumento de que é desnecessária quando a ação penal é instruída por meio inquérito policial não se afigura como uma determinação jurisprudencial razoável. Como observado neste trabalho, o inquérito policial é um procedimento administrativo, que carece das prerrogativas do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, a Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça não possui amparo constitucional, pois a defesa preliminar é um direito de defesa, e como tal prevista no artigo 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, cabe acrescentar que a descon sideração da regra do artigo 513, caput, do Código de Processo Penal é causa de nulidade absoluta, pois obsta o exercício do contraditório e infringe o direito de defesa.

A Lei nº. 11.719/2008 trouxe importantes modificações na legislação penal brasileira, entretanto, no que concerne a defesa preliminar restam dúvidas quanto ao direcionamento e

tratamento que a doutrina e a jurisprudência predominante, principalmente, darão ao texto legal.

A melhor alternativa vislumbrada consiste em uma interpretação mais ampla do artigo 396 do Código de Processo Penal, de forma que a defesa preliminar não fique adstrita somente a alguns procedimentos previstos em lei, mas que seja estendida a todos os acusados de ilícitos penais, assim como previsto na redação original do Projeto de Lei nº. 4.207/2001. Desta forma, a Justiça Brasileira seria agraciada pela tão ansiada celeridade processual e se possibilitaria, como sugere o objetivo deste trabalho, uma maior amplitude ao direito de defesa e a admissibilidade da acusação.



## REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Marcelo Brasileiro de. Contraditório e ampla defesa no inquérito policial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1049>>. Acesso em: 21 ago. 2008.

AMARAL, Getúlio Sérgio do. **Direito à defesa do prefeito nos julgamentos das contas municipais: aplicabilidade do devido processo legal e da ampla defesa aos julgamentos das contas do administrador municipal pela câmara municipal: doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

BARROS, Antonio Milton de. A reforma do CPP em relação aos procedimentos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1868, 12 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11584>>. Acesso em: 24 set. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 9 v.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 07 abr. 2008.

BRASIL. Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em 9 out. 2008.

BRASIL. Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em 9 out. 2008.

BRASIL. Projeto Lei nº. 4.207, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 9 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 330. É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº. 29.574-PB. Impetrante: Marxsuel Fernandes de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº. 34.704-RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 28 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 04 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº. 181.142-1/SP. Agravante: Thyssen Production Systems Ltda. Agravado: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 60.104-9/SP. Impetrante: José Bonifácio Diniz de Andrada. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Oscar Corrêa. Brasília, DF, 14 de setembro de 1982. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 69.372-5/RJ. Impetrante: Sílvia Menezes dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 69.001. Impetrante: Flávio José Martins. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 71.237-1/RS. Impetrante: Paulo Roberto Corino. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de maio de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 73.099-0/SP. Impetrante: Rubens Simões. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Moreira Alves.

Brasília, DF, 03 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 73.338-8/RJ. Impetrantes: Eduardo de Vilhena Toledo e Outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 82.354-8/PR. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e Outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 85.560-1/SP. Impetrante: José Márcio do Valle Garcia. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, 13 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 85.779-5/RJ. Impetrante: César Teixeira Dias. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 89.686-3/SP. Impetrante: Hélio Bialski e Outro (A/S). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 11 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 91.760-7/PI. Impetrante: Sérgio Henrique de Almeida Leitão e Outro (A/S). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, DF, 30 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas Corpus* nº. 50.664/PR. Recorrente: Luiz Vicente Meneghel Rando. Recorrido: Tribunal de Alçada do Paraná. Relator: Ministro Antônio Neder. Brasília, DF, 30 de março de 1973. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 set. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas corpus* nº. 92.01.23178-4/MT. Impetrante: Zoroastro C. Teixeira. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara - MT. Relator: Juiz

Nelson Gomes da Silva. Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em 12 set. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Artigo 396: citação não pode significar processo penal instaurado**. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesNoticia.jsp?cod=44636#>>. Acesso em: 29 set. 2008.  
DELMANTO, Celso. A defesa preliminar dos funcionários públicos e o novo sistema processual penal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 266, p.115-116, jun.1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Anotado**. v. 5 – Comentários aos arts. 503 – 620. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes de responsabilidade dos funcionários públicos: considerações sobre o processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 512, p. 321-328, jun. 1978.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1970.

MAZZILI, Hugo Nigro. Defesa preliminar no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 578, p. 450-454, dez. 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal; o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. O processo penal como garantia: direito ao conhecimento prévio da acusação. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord). **Justiça penal, 6: críticas e sugestões: 10 anos da constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.361-95.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Simone. A norma do devido processo legal em seu aspecto procedimental e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, nº. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7334>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

SILVA, André Ricardo Dias da. O Princípio do contraditório no Inquérito Policial. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 3, nº. 190, 10 ago 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1476>> Acesso em: 23 jul. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **A jurisdição constitucional e o “duplo juízo de admissibilidade” do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/>>. Acesso em: 29 set. 2008.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. 6<sup>a</sup> ed., de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1989.

VERGARA, Sylvia C. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.